جامعة النجاح الوطنية

كلية الدراسات العليا

مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة"

إعداد

عادل عبد العزيز عبد الحميد سماره

إشراف

د. غسان خالد

قدمت هذه الأطروحة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين.

2007م

مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة"

إعداد

عادل عبد العزيز عبد الحميد سماره

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ 2007/9/13م، وأجيزت.

أعضاء لجنة المناقشة	التوقيع
1. د. غسان خالد / مشرفاً	....
2. د. أنور أبو عيشه / ممتحناً خارجياً	....
3. د. علي السرطاوي / ممتحناً داخلياً	....

الإهداء

ـ إلى روح والدي العزيز

الذي أفنى عمره متمنياً أن يرى فلذات كبده يحملون شهاداتهم الجامعية، إلا أن المنية عاجلته قبل ذلك فمضى شهيدا في سبيل الله.

ـ إلى أمي وأهلي وأحبتي جميعاً

شاكراً لهم تشجيعهم لي على الاستمرار في مواصلة مشواري العلمي.

ـ إلى أستاذي الفاضل

الدكتور غسان خالد، أستاذ القانون التجاري في جامعة النجاح الوطنية،عرفاناً بفضله، وتقديراً لجهوده العلمية المتواصلة.

الشكر والتقدير

يطيب لي أن أتقدم بجزيل شكري، وجميل امتناني من كل من ساهم في إنجاح هذا العمل، وأخص بالذكر أساتذتي الأفاضل في جامعة النجاح الوطنية الدكتور غسان خالد أستاذ القانون التجاري والدكتور علي السرطاوي أستاذ الفقه المقارن الذين ما بخلوا علي بعلمهم وجهدهم في إتمام هذه الرسالة.

والشكر موصول أيضاً الى الدكتور أنور أبو عيشه أستاذ القانون المدني في جامعة القدس / أبو ديس الذي تحمل عناء السفر وتفضل بقبول مناقشة هذه الرسالة.

فهرس المحتويات

مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة"

إعداد

عادل عبد العزيز عبد الحميد سماره

إشراف

د. غسان خالد

الملخص

لقد درست في هذه الرسالة مسؤولية المقاول والمهندس عن متانة البناء بعد إنجازه وتسليمه لصاحب العمل، وبانت لي أهمية هذا الموضوع في نواح عديدة منها، حماية صاحب العمل غير الخبير بأمور البناء من العيوب التي قد تطرأ على البناء بعد الإنجاز والتسليم والتي تهدد متانة البناء وسلامته. كما أن أهمية هذا الموضوع تبدو أيضا في الحفاظ على المصلحة العامة من بقاء الأبنية والمنشآت الثابتة سليمة ومتينة.

واستهللت دراستي بالبحث في طبيعة هذه المسؤولية إذ إن معرفة طبيعتها القانونية تعين على معرفة الأساس القانوني الذي بنيت عليه، سواء أكان هذا الأساس هو العقد أو الخطأ أو القانون. وقد بان لي بأنها مسؤولية قانونية أوجدها القانون. فأحكامها تختلف عن أحكام المسؤولية العقدية أو التقصيرية، باعتبارها مسؤولية متعلقة بالنظام العام ومحددة بمدة زمنية معينة، ولا تختص إلا بنوع معين من الأضرار، وأن لها نطاقاً خاصاً من حيث الأشخاص الذين تنطبق عليهم وهم المقاول والمهندس من جهة وصاحب العمل من جهة أخرى.

ونظَّم المشرع الأردني أحكام المسؤولية الخاصة للمقاول والمهندس في المواد (788،789،790) من القانون المدني، حيث جاء في المادة 1/788 بأنه: " إذا كان عقد المقاولة قائما على تقبل بناء يضع المهندس تصميمه على أن ينفذه المقاول تحت إشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث في خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبانٍ أو أقاماه من منشآت وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول". ونلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الأردني جعل المسؤولية على المقاول والمهندس الذي يضع التصميم (المعماري) فقط.

وبهذا يكون المشرع قد ضيق نطاق المسؤولية الخاصة وقصرها على المقاول والمهندس المعماري. مع أن العملية المعمارية يتناوب عليها أكثر من مهندس على اختلاف تخصصاتهم، وهؤلاء يرتبطون مع صاحب العمل بعقد مقاولة، كان الأولى إشراكهم في المسؤولية الخاصة حفاظا على مصالح صاحب العمل والمصالح العامة. وجدير بالذكر أن المهندس المدني (الإنشائي) يكون له دور رئيسي في عملية التنفيذ والإشراف على العمل، وبالتالي نجد من الضرورة تعديل النص السابق ليؤدي إلى توسيع نطاق المسؤولية الخاصة لتشمل كل المهندسين المشتغلين في عملية البناء.

وفي ختام رسالتي شرحت أحكام مسؤولية المقاول والمهندس مبينا الجزاء المترتب على هذه المسؤولية، وهو تعويض صاحب العمل عما أصابه من ضرر عن طريق التعويض العيني الذي أوضحت شروطه، أو عن طريق التعويض بمقابل بصورتيه النقدي وغير النقدي. كما بحثت في انتفاء مسؤولية المقاول والمهندس ولا يكون ذلك إلا بإثبات السبب الأجنبي المتمثل بالقوة القاهرة، أو خطأ صاحب العمل أو خطأ الغير الذي له صفة القوة القاهرة. وأخيرا بحثت في دور الإرادة في تعديل أحكام هذه المسؤولية، ووجدت أنه لا يجوز الاشتراط أو الاتفاق على الحد أو الإعفاء منها وأي شرط يقضي بخلاف ذلك يعد باطلاً قانوناً. إلا أن لصاحب العمل أن يعفي المقاول والمهندس عن حقه في التعويض بعد تحققه.

المقدمة

إن متطلبات الإنسان المتزايدة والتضخم السكاني المستمر أدى إلى التوسع الكبيـــر فـــي مجال البناء والعمران، فأقيمت المباني والمنشآت بأشكالها وأحجامها المختلفة من منازل وفنـــادق ومصانع وجسور وأبراج وغيرها. ورافق ذلك استخدام الوسائل العلمية والتكنولوجيا الحديثة في أعمال البناء والتشييد مما كان له أكبر الأثر في سرعة إنجاز المشـــاريع المعماريـــة وتـــداخل تركيبها وتعقُّده في بعض الأحيان.

ولكن السرعة في إنجاز المشاريع والإهمال في أعمال البناء والإشراف كثيرا ما تسفر عن العديد من الحوادث الخطيرة التي تؤدي إلى خسائر كبيرة في الأرواح والأموال بسبب تهدم البناء تهدما كليا أو جزئيا أو ظهور عيوب تهدد سلامته ومتانته بعد تسليمه لصاحب العمل.

وعليه فتبدو أهمية البحث في هذا الموضوع بالنظر إلى خطورة تهدم المباني والمنشآت الثابتة، سواء أكان ذلك بالنسبة لصاحب العمل أو للغير المتضرر من جراء ذلك التهدم.

ومن الأسباب التي دعتني إلى الكتابة في هذا الموضوع ما يلي:

أن التهدم الكلي أو الجزئي أو العيوب التي تهدد متانة البناء وسلامته لا تظهر لصـــاحب العمل حال تسلمه البناء وإنما تتبدى بعد مدة من استخدام البناء قد تصل إلى عدة سنوات.

وكثرة حوادث تهدم الأبنية والمنشآت الثابتة –بعد تسليمها لأصحابها– زاد مـــن أهميـــة مسؤولية المقاول والمهندس لكونهما المسؤوليين المباشرين عن أعمال البناء والتشييد ممـــا حـــدا بالمشرع في أغلب الأنظمة القانونية إلى حماية مصالح أصحاب العمل، حيث لا تتوافر لديهم في أغلب الأحيان المعرفة بأصول وفن البناء.

ولذلك فإن المشرع جاء بقواعد قانونية آمرة متعلقة بالنظام العام لردع فئـــة المقـــاوليين والمهندسيين وإبعادهم عن الغش المهني. فالتشريع الأردني المدني مثلا جعل المهندس والمقاول

مسئوليين مسؤولية تضامنية لمدة 10 سنوات حدًّا أدنى عن أي تهدم أو تصدع ويظهر في البناء بعد تسليمه لصاحب العمل وهذا من النظام العام ولا يجوز تنازل صاحب العمل عنه.

وعلى الرغم من أهمية موضوع مسؤولية المقاول والمهندس عن متانة البناء بعد تسليمه لصاحب العمل إلا أن هذا الموضوع ما زال من الموضوعات التي لم تحظ – بحسب اطلاع الباحث– حتى الآن بدراسات متعمقة كافية. وقد عالجت الدراسات السابقة هذه المسؤولية غالبا من خلال تناولها عقد المقاولة بشكل عام عند الحديث عن التزامات المقاول وأهم هذه الدراسات ما جاء في الموسوعة القانونية "الوسيط" للدكتور عبد الرزاق السنهوري، وقد اعتمد السنهوري في دراساته على ما جاء في القانون والفقه والقضاء الفرنسي مع شرح القانون المدني المصري. وهناك دراسات أخرى لعقد المقاولة في القانون المصري منها أحكام عقد المقاولة لفتيحة قرة وشرح أحكام عقد المقاولة لمحمد لبيب شنب.

وإضافة الى الدراسات المصرية المذكورة أعلاه فإن هناك دراسات أخرى بحثت الموضوع وَفْق التشريع العراقي مثل الوجيز في شرح أحكام عقد المقاولة لكمال قاسم ثروت، وهناك دراسات وشروحات تناولت الموضوع وَفْق التشريع الأردني مثل دراسة عدنان السرحان في كتابه العقود المسماة (المقاولة، الوكالة، الكفالة)، ودراسة أحمد سعيد المومني في مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة، وأخيرا دراسة نوري يوسف عبيدات وهي رسالة ماجستير قدمت في الجامعة الأردنية سنة 1987م تحت عنوان "مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون المدني الأردني". وقد رأيت تخصيص رسالتي للبحث في مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء حيث تقل فيه الدراسات كموضوع مستقل.

ولذلك وجدت من المناسب أن أتناول هذا الموضوع في القانون المدني الأردني مقارنة مع القانون المدني المصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني الفرنسي وإبراز أوجه الشبه والاختلاف بين القوانين العربية والقانون الفرنسي ومظاهر تقدم التشريع في فرنسا في هذا الموضوع.

وقد اتبعت في دراسة هذا الموضوع المنهج الوصفي التحليلي والمقارن، وبحثت في أكثر من نظام قانوني حتى تتضح الصورة وتكتمل الفائدة. ونظرا لندرة أحكام القضاء الأردني في موضوع مسؤولية المقاول والمهندس الخاصة فسوف أحاول أن أسد هذه الثغرة عن طريق الاستعانة بالاجتهاد القضائي في فرنسا ومصر ما كان ذلك ممكنا.

وقسمت موضوع رسالتي إلى فصل تمهيدي وثلاثة فصول ومقدمة وخاتمة. فدرست في الفصل التمهيدي تعريف عقد المقاولة وخصائصه، ودرست المقاولة في مجلة الأحكام العدلية، وميزت بين هذا العقد وما يشتبه به من عقود أخرى. وأما الفصل الأول فقد درست فيه طبيعة مسؤولية المقاول والمهندس وخصائصها، ومن ثم وضحت في الفصل الثاني نطاق تطبيق أحكام مسؤولية المقاول والمهندس من حيث الأشخاص والأضرار والمدة.

وخصصت الفصل الثالث لدراسة أحكام هذه المسؤولية من حيث الجزاء المترتب عليها وانتفاء هذه المسؤولية ودور الإرادة في تعديل قواعدها.

الفصل التمهيدي

ماهية عقد المقاولة

من المناسب أن نتعرف في البداية على عقد المقاولة بوجه عام، فنبين المقصود به وأهميته وخصائصه، ومن ثم ندرس المقاولة كما عالجتها مجلة الأحكام العدلية لكونها ما زالت مطبقة في فلسطين فيما يعرف بالاستصناع والأجير المشترك. وأخيراً نميز في هذا الفصل بين عقد المقاولة وغيره من العقود التي تشتبه به.

المبحث الأول

مفهوم عقد المقاولة وخصائصه

المطلب الأول: مفهوم عقد المقاولة

عرف القانون المدني الأردني[1] رقم (43) لسنة 1976 في المادة (780) منه عقد المقاولة بأنه: "عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملا لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر".

وقد قررت محكمة التمييز الأردنية أنه إذا كان العقد الذي يحكم العلاقة بين الطرفين هو عقد تعهد المدعي بموجبه أن يجهز بيت المدعى عليه بالتدفئة المركزية وأن يقوم بهذا العمل بما يتطلبه من تمديدات وصناعة لقاء بدل يتعهد به المدعى عليه، فالعقد بهذه الأوصاف والشروط هو عقد مقاولة ينطبق على تعريف المادة (780) من القانون المدني[2]".

ويستفاد من نصوص المواد 1787/1710 من القانون المدني الفرنسي[3] أن عقد المقاولة يمثل عقداً يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين بالقيام بعمل ما للطرف الآخر مقابل أجر يتفق عليه بين

---

[1] نشر هذا القانون في الصفحة (2) من العدد (2645) من الجريدة الرسمية الأردنية الصادر بتاريخ 1976/8/1.

[2] تمييز حقوق رقم (1984/25)، **مجلة نقابة المحامين**، الأردن، لسنة1984، صفحة 981، نقلا عن موقع http://www.qanoun.com/law/courts/details.asp?Code=18012، بتاريخ 2007/4/8.

[3] طبعة سنة 1996-1997.

الطرفين علما أن القانون المدني الفرنسي عالج المقاولة ضمن مفهوم الإجـارة الـواردة علـى العمل[1].

ويطابق ذلك التعريف الذي نص عليه القانون المدني المصـري2 رقـم (131) لسـنة 1948 فقد نصت المادة 646 على أن " المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد الطـرفين أن يصـنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجرٍ يتعهد به المتعاقد الآخر".

وعرفته المادة 864 من القانون المدني العراقي بأنه " عقد به يتعهد أحـد الطـرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر".

ويجوز أن يقتصر تعهد المقاول على تقديم العمل، ويقدم صاحب العمل المادة اللازمـة لتنفيذ العمل محل العقد، كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً. ولا بدّ كذلك فـي عقد المقاولة من بيان وصف المحل ونوعه ومقداره وطريقة الأداء ومدة الإنجاز وتحديد مقـدار البدل المدفوع[3]".

ومن الملاحظ أن المشرع الأردني في تعريفه عقد المقاولة قد تميـز عـن التشـريعات العربية السابقة فاستعاض عن استخدام كلمة الأجر بكلمة البدل لتكون شاملة للأجر والثمن معـاً في حال قام المقاول بتقديم المواد اللازمة لصنع الشيء مع العمل اللازم لذلك.

وأما مشروع القانون المدني الفلسطيني[4] فقد عرف المقاولة في المادة (737) على غرار التشريعات العربية السابقة مع تأثره بالقانون الأردني إلى حد ما فنص إنَّ المقاولة "عقـد يتعهـد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به المتعاقد الآخر".

---

[1] أبو قرين، أحمد عبد العال: **الأحكام العامة لعقد المقاولة**، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربيـة، سـنة 2002-2003، صفحة 1.

[2] نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية بتاريخ 1948/9/29، على أن يعمل به ابتداءاً من 1949/10/15.

[3] المادة 390 من **مجلة الأحكام العدلية**؛ والمادة 782 من **القانون المدني الأردني**. للمزيـد: الزحيلـي، وهبـة: **العقـود المسماة**، الطبعة الأولى، دمشق، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، 1987، ص 276.

[4] النسخة المرفقة **بالمذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني** والصادرة عن ديـوان الفتـوى والتشـريع، فلسطين سنة 2003.

ويلاحظ هنا أن المشرع الفلسطيني قد استعمل كلمة البدل ولم يستعمل الأجر وذلك تأسيا بالقانون المدني الأردني وهذا في اعتقادي أفضل لاشتماله على الأجر والثمن معاً[1].

ويستنتج من التعريفات أعلاه أنها لا تبرز الخاصية الأساسية لعقد المقاولة، وهي أن المقاول يقوم بالعمل الذي عهد إليه في استقلال كامل دون تبعية لصاحب العمل[2]، ومن هنا فقد عرف أبو القرين عقد المقاولة بأنه " العقد الذي يكلف بمقتضاه أحد الأشخاص المقاول بأن يصنع له شيئاً أو أن يؤدي له عملاً في استقلال كامل ودون أن يخضع لرقابته أو إشرافه وذلك في مقابل أجر[3]".

كما أن محمد لبيب شنب عرف المقاولة بأنها "عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر، دون أن يخضع لإشرافه أو إدارته[4]". ويلاحظ أن تعريف الفقهاء أعلاه لعقد المقاولة قد أبرز خاصية أساسية لعقد المقاولة وهي أن المقاول يقوم بعمله على وجه الاستقلال حتى يميز عقد المقاولة عن عقد العمل.

المطلب الثاني: خصائص عقد المقاولة

واستنادا إلى ما سبق فإن خصائص عقد المقاولة تتمثل في الآتي[5]:

1. **عقد المقاولة هو عقد رضائي.**

تعدّ المقاولة من العقود الرضائية التي يكفي لانعقادها إرتباط الإيجاب بالقبول، ولا تحتاج شكلية خاصة لإنعقادها. وقد يتم التراضي بين الأطراف كتابة أو مشافهة أو إشارة[6].

---

[1] http://www.zuhayli.net/contract.htm، بتاريخ 2007/4/8.

[2] لم يبرز هذه الخصيصة إلا تعريف **القانون المدني الكويتي** حيث نصت المادة 661منه بأن "المقاولة عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً للطرف الآخر مقابل عوض، دون أن يكون تابعاً له أو نائباً عنه ".

[3] أبو قرين: مرجع سابق، ص1.

[4] شنب، محمد لبيب: **شرح أحكام عقد المقاولة**، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 1962، ص11.

[5] المرجع السابق، ص12-13.

[6] المواد(433،388) من **مجلة الأحكام العدلية**؛ للمزيد: السرحان، عدنان إبراهيم: **العقود المسماة في المقاولة، الوكالة، الكفالة**، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر، سنة 1996، صفحة 19.

2. **عقد المقاولة هو عقد معاوضة.**

وتعدّ المقاولة أيضاً من عقود المعاوضات التي يأخذ فيها كل طرف مقابلاً لمـا يقدمـه وعليه فهو يحقق منفعة لجميع أطرافه، فالمقاول يقوم بالعمل وقد يقدم المواد اللازمة لهذا العمل، وصاحب العمل يدفع الأجر[1].

3. **عقد المقاولة هو عقد ملزم للجانين.**

ترتب المقاولة على عاتق كل من طرفيها التزامات أهمها بالنسبة للمقاول إنجاز العمـل المطلوب منه، وبالنسبة لصاحب العمل دفع الأجر المستحق عن هذا العمل، ويترتب على هـذه الصفة التبادلية للمقاولة نتائج هامة فيما يتعلق بالفسخ والدفع بعدم التنفيذ وتبعة الهـلاك. فعلـى صعيد الفسخ مثلاً إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسـخ العقـد ليتحلل من التزاماته المتقابلة (المادة 203 من القانون المدني الأردني). أما في مجلـة الأحكـام العدلية إذا لم يؤد أحد الأطراف التزاماته فلا يحق للطرف الآخر الفسخ ما دام التنفيـذ العينـي ممكناً.

4. **عقد المقاولة هو عقد وارد على العمل.**

يعدّ عقد المقاولة من العقود الواردة على العمل، فالأداء الرئيسي في العقد مطلوب مـن المقاول وهو القيام بعمل معين، ورغم أن هذا العمل يتم في مقابل أجـر إلا أن الاعتـداد فـي وصف العقد إنما يكون بالأداء الرئيسي لا المقابل.

ولا ننسى أيضاً أن المقاول يقوم بالعمل المكلف به باستقلال عن صـاحب العمـل فـلا يخضع لإدارته أو إشرافه، وإنما يقوم به باسمه الخاص، فالعقد يحدد العمـل أو النتيجـة التـي يريدها المتعاقدان، والمقاول يختار الطريقة والأدوات التي يراها مناسـبة ومؤديـة إلـى تلـك النتيجة[2].

[1] من المعلوم أن المقاولة تكون بأجر عندما يكون محل عقد المقاولة عملا تجاريا، المادة 55 من **قانون التجارة الأردنـي** رقم (12) لسنة 1966. (نشر هذا القانون في الصفحة (472) من العدد (1910) من الجريدة الرسمية الأردنيـة الصـادر بتاريخ 1966/3/30).

[2] شنب: مرجع سابق، ص13.

المبحث الثاني

المقاولة في مجلة الأحكام العدلية

ما زلنا في فلسطين نفتقر حتى هذه اللحظة إلى قانون مدني نافذ يعالج عقد المقاولة ويبيّن أحكامه وشروطه، أسوة بباقي التشريعات المدنية العربية، ومرجعنا في معالجة هذا العقد هي مجلة الأحكام العدلية التي ما زالت مطبقة في فلسطين حتى يومنا الحاضر، فهي تشريع مدني عام مستمد من الفقه الحنفي، وعليه يكون مفيدا دراسة عقد المقاولة في مجلة الأحكام العدلية.

لقد عرفت المقاولة في الفقه الإسلامي عموماً ومجلة الأحكام العدلية بشكل خاص تحت مسمى الاستصناع والأجير المشترك، وهاتان هما الصورتان العمليتان لعقد المقاولة في المفهوم الحديث.

المطلب الأول: الاستصناع

عرفت المادة (124) من مجلة الأحكام العدلية الاستصناع بأنه "عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئا. فالعامل صانع والمشتري مستصنع والشيء مصنوع".

وقد عرفه الحنفية بأنه: "عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة[1]".

وقد جعلت المجلة أحكام عقد الاستصناع في الفصل الرابع من الباب السابع الذي اشتملت فصوله على أنواع البيوع وأحكامها، فالاستصناع من عقود البيع وفق ما ذهبت إليه المجلة وما ذهب إليه الحنفية قبل ذلك[2].

---

[1] ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز: **حاشية رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام الحنفي**، الجزء الخامس، القاهرة،شركة مكتبة مصطفى البابي الحلبي، سنة 1966، صفحة 222.

[2] اعتبر الحنفية أن الاستصناع من عقود البيع وهو يقع على مبيع في الذمة مطلوب عمله، وقد اعتمد الأحناف في إجازة هذا العقد على العرف. السرخسي، شمس الدين: **المبسوط**، الجزء الخامس عشر، الطبعة الأولى، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر، سنة 1980، صفحة 84. حاشية ابن عابدين، الجزء الخامس، صفحة 222-223.

والاستصناع عقد رضائي[1] ينعقد بالإيجاب والقبول من المستصنع والصانع، ويشترط فيه أن يكون العمل والعين كلاهما من الصانع، أما لو كانت العين من المستصنع فالعقد يكون عقد إجارةٍ واردةٍ على عمل[2].

وعليه فالاستصناع له شَبَهان: شبه بالسَّلَمْ لأنه بيع لمعدوم، وأن الشيء المصنوع ملتزم عند العقد في ذمة الصانع البائع، ولكنه يختلف عنه في أنه لا يجب تعجيل الثمن فيه، ولا بيان مدة الصنع والتسليم، ولا كون المصنوع مما يوجد في الأسواق. والشبه الثاني بالإجارة، ولكنه يفترق عنها من جهة أن الصانع يصنع مادة الشيء المصنوع من ماله[3].

وأما المحل في الاستصناع –أي المبيع – فهو العين لا عمل الصانع وعلى ذلك لو أتى الصانع للمستصنع بخف من صنعه أو من صنع غيره قبل الاستصناع وقبله كان صحيحاً[4].

ويشترط في المصنوع أن يوصف وصفاً مانعاً من الجهالة، لتكون هذه الأوصاف على الوجه الذي طلبه المستصنع، وذلك ببيان جنسه ونوعه وسائر المواصفات التي تبتعد به عن الجهالة والمنازعة[5].

والأصل أن الاستصناع ينعقد لازماً لطرفيه، فإذا ما جاء المصنوع مخالفاً للأوصاف المتعاقد عليها فيكون المستصنع على الخيار، فإن كان المصنوع لا يتطابق مع ما اتفق عليه فله خيار الفسخ[6].

---

[1] المادة (388) من **مجلة الأحكام العدلية** وقد جاء بها:" إذا قال شخص لأحد من أهل الصنائع اصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشاً وقبل الصانع انعقد البيع استصناعاً".

[2] المادة (421) من **مجلة الأحكام العدلية**؛ للمزيد حيدر: مرجع سابق، المجلد الأول، صفحة 359.

[3] http://www.zuhayli.net/contract.htm#l3، بتاريخ 2007/4/8.

[4] المرجع السابق، المجلد الأول، صفحة 395.

[5] المادة (390) من **مجلة الأحكام العدلية** وقد جاء بها يلزم في الاستصناع وصف المصنوع وتعريفه على الوجه الموافق المطلوب".

[6] المادة (392) من **مجلة الأحكام العدلية** وقد جاء بها:"إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد المتعاقدين الرجوع وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً".

وأما فيما يتعلق بالثمن فلا تشترط المجلة تعجيل الدفع أو تأجيله ولا يؤثر ذلك على صحة العقد، فقد نصت المادة 391 من المجلة " لا يلزم في الاستصناع دفع الثمن حالاً أي وقت العقد".

المطلب الثاني: الأجير المشترك

لقد تناولت المجلة البحث في الأجير المشترك ضمن باب عقد الإيجار، وكما سلف فإن ما.

يميز الإجارة عن الاستصناع أنه يشترط في عقد الاستصناع أن يقدم الصانع العمل والعين معاً، أما في الإجارة فيقدم الصانع العمل فقط على أن يقوم المستصنع بتقديم العين[1].

وأوضحت المادة (405) من المجلة أن المعنى الإصطلاحي للإجارة هو بيع المنفعة المعلومة في مقابلة عوض معلوم. وهذا يعني أن محل العقد هنا ليس العين وإنما العمل، فالعمل هو الذي يرد عليه العقد، أي هو المعقود عليه الذي عهد إلى الأجير المشترك أداؤه في مقابل دفع الأجرة من المستأجر.

والإجارة بصفتها المعقود عليه تكون على نوعين، أولهما عقد الإجارة الوارد على منافع الأعيان، وثانيهما عقد الإجارة الوارد على العمل، كاستئجار الخدمة والعملة واستئجار أرباب الحرف والصانع، فإعطاء السلعة للخياط مثلاً ليخيط ثوباً يعد إجارة على العمل[2].

والأجير في عقد الإجارة الوارد على العمل نوعان، أجير خاص وأجير مشترك، فالأجير الخاص هو الذي استؤجر على أن يعمل للمستأجر فقط كالخادم والموظف[3].

وأما الأجير المشترك فهو الذي يعمل لعامّة الناس ولا يقتصر بعمله على شخص واحد كالحمال والخياط والدلال والساعاتي وغيرهم[4]. وقد فرقت مجلة الأحكام العدلية بين الأجير

---

[1] المادة 124،388 من **مجلة الأحكام العدلية**؛ للمزيد حيدر: مرجع سابق، المجلد الأول، ص359.

[2] المادة 421 من **مجلة الأحكام العدلية**.

[3] المادة 422 من **مجلة الأحكام العدلية**.

[4] المادة 422 من **مجلة الأحكام العدلية**.

الخاص والأجير المشترك على أساس أن الأخير يقوم بعمله على استقلال وبدون تبعية لصاحب العمل.

ولا يستحق الأجير المشترك الأجرة إلا بالعمل[1]، لذلك عرفه السرخسي في المبسوط بأنه:" من يستوجب الأجر بالعمل ويعمل لغير واحد[2].

وهناك من عرفه أيضاً بأنه" ذلك الشخص الذي يعرض خدماته لعامة الجمهور من الناس وليس لشخص معين بذاته أو أشخاص معينين بذاوتهم، ويستحق أجرة في مقابل ما يؤديه من عمل، مع توافر عنصر الاستقلال له في أدائه لعمله[3] "، وذلك في مقابلة الأجير الخاص الذي يكون في عمله خاضعاً لسلطة صاحب العمل وتوجيهه وإشرافه.

وهناك أحكام مفصلة وضعتها مجلة الأحكام العدلية للأجير المشترك لا تسمح طبيعة هذا البحث دراستها، لذا سنكتفي بما تمت الإشارة إليه لتوضيح أن ما عرف بالاستصناع والأجير المشترك في الفقه الإسلامي ومجلة الأحكام العدلية هو الصورة العملية لعقد المقاولة في مفهوم القوانين المدنية الحديثة التي جمعت بين الصورتين في مصطلح المقاولة.

---

[1] المادة 424 من **مجلة الأحكام العدلية**. والأجير الخاص أيضاً لا يستحق الأجر إلا بالعمل.

[2] السرخسي: مرجع سابق، الجزء الخامس عشر، صفحة 80.

[3] يسَ، عبد الرازق حسين: **المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء**، الطبعة الأولى، سنة 1987، صفحة 42.

المبحث الثالث

التكييف القانوني لعقد المقاولة وتمييزه عن غيره من العقود

إن التكييف القانوني من أهم الأعمال التي يقوم بها القاضي، فالقاضي يقوم بتفسير العقد وإستنتاج الغرض المقصود منه بالنسبة للمتعاقدين، فإذا تبين للقاضي أن الغرض الرئيسي الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين هو قيام أحدهما مستقلاً وباسمه الخاص بإنجاز عمل معين لحساب المتعاقد الآخر في مقابل أجر، عندئذ يكيف القاضي العقد بأنه عقد مقاولة[1].

فعقد المقاولة يتميز إذن بخصيصيتين أساسيتين هما:-

1. أن القيام بالعمل المتفق عليه يتم بصورة مستقلة دون إشراف صاحب العمل أو إدارته.
2. أن العمل المتفق عليه يتم مقابل أجر معين.

وهاتان الخصيصتان أساس التفريق بين عقد المقاولة وما يشتبه به من عقود أخرى، كعقد الإيجار والبيع والعمل والوكالة وغيرها. وسأقوم فيما يلي بالتفريق بينه وبين أهم العقود التي تشتبه به.

أولاً: عقد المقاولة وعقد الإيجار

المقاولة عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر (المادة 780 من القانون المدني الأردني)، فالمقاولة ترد على العمل أما الإيجار فيرد على منفعة عين، والغرض منه الانتفاع بالشيء المؤجر.

"ومع ذلك فقد يصعب أحياناً تحديد ما إذا كان العقد مقاولة أم إيجاراً، إذ إن المقاول قد يستخدم في عمله بعض أشياء ينتفع بها صاحب العمل بطريق غير مباشر، مما يحدث معه تداخلاً ملموساً بين عقد المقاولة وعقد الإيجار[2]".

---

[1] شنب:مرجع سابق، ص14.

[2] شنب: مرجع سابق، ص23.

لا يغيب عن بال الباحث موقف التشريعات التي اعتبرت المقاولة إجارة واردة على العمل تمييزا لها عن إجارة المنافع -وهي محل المقارنة مع عقد المقاولة أعلاه- ومن أمثلة هذه التشريعات القانون المدني الفرنسي ومجلة الأحكام العدلية.

ومن الأمثلة التي يسوقها الفقه هنا في سبيل بيان التداخل الذي قد يحصل بين المقاولة والإيجار، اتفاق شخص مع شركة من شركات النقل على أن تضع تحت تصرفه إحدى سيارتها مع سائقها ليستخدمها فترة معينة أو للقيام برحلة، فهل يعدّ هذا الاتفاق عقد إيجار وارداً على السيارة، أو يعدّ عقد مقاولة محله القيام بنقل المتعاقد إلى الجهات التي يقصدها؟

ويتوقف التكييف القانوني لمثل هذا العقد على معرفة من يمتلك السيطرة على السيارة وسائقها خلال الرحلة، فإذا كانت الشركة هي التي تملك هذه السيطرة باحتفاظها برقابة وتوجيه السائق والإشراف على السيارة بوساطته، فإن العقد يعدّ مقاولة، أما إذا كان الراكب هو من يملك السيطرة على السيارة وهو من له سلطة الرقابة والتوجيه والإشراف على السيارة، فهنا نكون بصدد عقد إيجار للسيارة[1].

وقد قُضِي بأنه إذا وضع مصنع في خدمة إحدى الشركات لتنفذ فيه الطلبات التي تتلقاها من عملائها، ويكون تنفيذ هذه الطلبات وتمويل عملية الصنع بوساطة هذه الشركة لا بوساطة من يملك المصنع، فإن العقد يكون إيجاراً للمصنع لا عقد مقاولة[2].

وإذا اختلط عقد المقاولة بعقد الإيجار في عملية واحدة وجب أن يلاحظ أمران لتمييز أحدهما عن الآخر وهما:

أ. تحري العنصر الأساسي الذي وقع عليه التعاقد لمعرفة مدى غلبة أحد العقدين على الآخر.

---

[1] المرجع السابق، ص24.

[2] نقض مدني فرنسي 29\12\58، *مجلة النقض الفرنسي*، 1958-7-384، نقلاً عن قرة، فتيحة: **أحكام عقد المقاولة**، الإسكندرية، منشأة المعارف، سنة 1992،ص37.

ب. تحري التزامات الطرفين التي تؤثر في التكييف القانوني للعقد، هل هي مقاولة انصبت على العمل، أو أنها إيجار انصب على الانتفاع بالمأجور لقاء أجر معين[1]؟

ويترتب على التمييز بين عقد المقاولة وعقد الإيجار نتائج أهمها أن المقاول بصفته أجيرا مشتركا يضمن حكما أموال صاحب العمل التي بين يديه وإن لم يقصر أو يتعدّ، ويستثنى من ذلك ما إذا وقع الضرر بسبب حادث لا يمكن التحرز منه[2]. أما المستأجر فيده على المأجور يد أمانه فلا يضمن هلاكه دون تعد أو تقصير منه[3].

ثانياً: عقد المقاولة وعقد البيع

إن عقد المقاولة يرد على عمل كما أسلفنا[4]، فالمقاول يقوم بأداء عمل ما أو خدمة مقابل أجر، أما البيع فيهدف إلى نقل ملكية شيء من البائع إلى المشتري. وعلى ذلك فقد يبدو أن لا مجال للخلط بين المقاولة والبيع، إلا أن الحاجة إلى التفرقة تبدو عندما يترتب على إنجاز العمل دخول حق مالي جديد في ذمة صاحب العمل[5]. ويكون ذلك عندما لا يقتصر دور المقاول على القيام بعمل لمصلحة صاحب العمل، بل يتعداه إلى تصنيع شيء ما على أن يقوم المقاول بتقديم المادة أو الخدمات التي تم الاستصناع منها، وهذا ما يعرف بعقد الاستصناع[6].

وقد اختلفت الآراء حول الطبيعة القانونية لعقد الاستصناع. فهناك من يرى أنه عقد مختلط[7] يخضع لمزيج من أحكام البيع والمقاولة. ولكن هذا الرأي يثير صعوبات فيما يتعلق بالمسائل التي تتعارض فيها أحكام المقاولة مع أحكام البيع، كما هو الأمر فيما يختص بطبيعة العوض وتحديده، وإنهاء العقد بالإرادة المنفردة.

---

[1] الدوري، محمد جابر: **مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة**، بغداد، مطبعة وأوفسيت عشتار، سنة 1985، صفحة 18-19.

[2] المواد (783،786) من **القانون المدني الأردني**؛ المادة (611) من **مجلة الأحكام العدلية**.

[3] المادة (692) من **القانون المدني الأردني**؛ المادة (601) من **مجلة الأحكام العدلية**.

[4] مشار إليه صفحة 7 من هذه الرسالة.

[5] أبو قرين: مرجع سابق، ص22. شنب: مرجع سابق، ص15.

[6] عرف عقد الاستصناع بهذا الاسم في الفقه الإسلامي، وقد تم تناوله في معرض الحديث عن المقاولة في **مجلة الأحكام العدلية**.

[7] مرسي، كامل: في **العقود المسماة**، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار النشر للجامعات المصرية، سنة 1953، ص479.

وهناك من يرى أن الاستصناع عقد مقاولة ابتداء إلا أنه يتحول في نهاية الأمر إلى بيع. ويعاب على هذا الرأي أن تكييف العقد يكون دائماً وقت انعقاده بغض النظر عما يترتب عليه بعد ذلك[1].

ويذهب رأي آخر إلى أن الاستصناع هو بيع شيءٍ مستقبلا[2]. ويستند هذا الرأي إلى أن ما قصده المتعاقدان عند إبرام العقد هو الشيء المصنوع، وأن عمل الصانع ليس إلا وسيلة للوصول إلى الهدف النهائي وهو الشيء المصنوع. ولكن يؤخذ على هذا الرأي أنه لا ينظر إلا إلى أثر واحد من آثار العقد وهو نقل ملكية الشيء المصنوع، ويهمل عمل الصانع مع أن عمل الصانع قد يكون جوهرياً.

وهناك من يرى أن الاستصناع قد يكون بيعا وقد يكون مقاولة بحسب الأحوال، وهذا هو الرأي الراجح في الفقه والقضاء في الوقت الحاضر[3]، ومقتضاه أن نقارن بين قيمة العمل وقيمة المواد المستخدمة فيه، فإن كانت قيمة العمل أكبر من قيمة المواد المستخدمة فيه، كان العقد مقاولة، وإن كان العكس كان العقد بيعاً[4].

ولكن يؤخذ على هذا الرأي أن الأساس الذي يرتكز عليه غير محدد، إذ قد تتغير قيمة العمل من وقت لآخر ومن مقاول لآخر، كما أن قيمة المواد المستخدمة في الصنع ليست ثابتة دائماً.

ولتوضيح ذلك نسوق المثال التالي: خياط عهد إليه خياطة ثوب من القماش الفاخر، فأنصار هذا الرأي يرون أن العقد هنا هو بيع وليس مقاولة، على أساس أن قيمة القماش أكبر من قيمة العمل. ولكن كيف لنا أن نجزم أن قيمة القماش أعلى من قيمة العمل؟ إن كان تحديد

---

[1] شنب، مرجع سابق، فقرة 12، صفحة17.

[2] وهذا الرأي هو الذي كان راجحاً في **القانون الروماني**، *مدونه جوستنيان في الفقه الروماني*، ص230، ترجمة عبد العزيز فهمي عام 1946، نقلاً عن شنب: مرجع سابق، ص17-18.

[3] السنهوري، عبد الرزاق،: **الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء السابع، المجلد الأول، بيروت، دار إحياء التراث العربي، سنة 1964، فقرة 6، صفحة 26-27؛ شنب: مرجع سابق، فقرة 14، ص19.

[4] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 6، صفحة 26.

القيمة يتم على أساس ثمن القماش الفعلي والأجر الذي يتقاضاه الخياط فعلاً فلا شك أن المسألة تختلف باختلاف أنواع الأقمشة واختلاف الخياطين وأجرتهم.

ويظهر من هذا المثال أن هذا المعيار أو الرأي ليس دقيقاً وليس محدداً، إذ إنَّ طبيعة العقد القانونية تختلف من صانع لصانع، ومن مادة لأخرى.

أما مجلة الأحكام العدلية فقد جعلت الإستصناع عقد مسمى له طبيعة خاصة فيه، فهو بيع لمعدوم لأن السلعة تكون غير موجودة بالإضافة إلى دخول عنصر العمل فيه، وبالتالي نطبق عليه الأحكام الخاصة فيه حسب مجلة الأحكام العدلية[1].

وأخيراً فإن هناك رأياً يقول: إن الاستصناع هو مقاولة وليس بيعاً، فإذا التزم شخص بصنع شيء من موادَّ يقدمها من عنده، فإن العقد يعدّ مقاولة وليس بيع شيءٍ مستقبلا، وذلك لأن موضوع الالتزام هو القيام بعمل معين، وهو صنع الشيء المطلوب، ودون إنجاز هذا العمل لا يعدّ المتعهد قد وفي بالتزامه. وأما بالنسبة لانتقال ملكية الشيء المصنوع إلى صاحب العمل فما هو إلا نتيجة طبيعيَّةً لعقد المقاولة[2].

وهذا الرأي هو الأنسب باعتقادي ويتفق مع الاتجاه الذي سلكه القانون المدني الأردني والقوانين المدنية الأخرى، فقد نصت المادة (781) من القانون المدني الأردني على حالتي المقاولة: حالة القيام بالعمل وحده، وحالة القيام بالعمل وتقديم مادته[3].ومما يؤيد هذا الرأي أيضاً أن المادة (783) من القانون المدني الأردني – ويقابلها المادة (740) من مشروع القانون المدني الفلسطيني – تناولت مسؤولية المقاول عن ضمان المادة التي يقدمها وعن طريقة استعمالها

---

[1] المواد 124، 388، 390، 391، 392، 421 من **مجلة الأحكام العدلية**.

[2] شنب: مرجع سابق، فقرة 15-16، صفحة 22.

[3] وهذا ما أخذ به **مشروع القانون المدني الفلسطيني** المادة (792) منه.وكذلك المادة (647) من **القانون المدني المصري**. والمادة (1787) من **القانون المدني الفرنسي**.

وحفظها وتسليم ما تبقى منها لصاحب العمل، فلو كان العقد هنا بيعاً لاكتفى المشرع بأحكام عقد الضمان الواردة في باب البيع، ولم يتطرق لقواعد خاصة[1].

وبعيداً عن الجدل والخلاف الذي ثار حول تكييف عقد الاستصناع، فقد تبنى القضاء الفرنسي معياراً ثابتاً واضحاً في هذا الموضوع، وهو أنّ العبرة في تحديد الطبيعة القانونية لعقد الاستصناع ترتبط بتحديد الطرف الذي حدد مواصفات الاستصناع، فإذا كان صاحب العمل هو الذي حدد هذه المواصفات لكي يفي باحتياجاته الخاصة دون غيره، فإن العقد يعدّ مقاولة.

وأما إذا كانت المواصفات قد حددها الصانع بصورة مسبقة ولا ترتبط بعميل بعينه، بل أعدت لتفي باحتياجات جمهور غير محدد فإن العقد يعدّ بيع شيءٍ مستقبلاً[2].

ثالثاً: عقد المقاولة وعقد العمل

من المهم التمييز بين عقد المقاولة وعقد العمل بالنظر لاختلاف القواعد التي يخضع لها كل منهما سواءٌ ما تعلق بتحمل التبعة التي يتحملها المقاول دون العامل أو ما اتصل منها بتشريعات العمل المتعلقة بالإجازات الاعتيادية والمرضية وتحديد ساعات العمل وتقدير الأجر وضماناته وإصابات العمل والفصل التعسفي وتقاعد العمال وغير ذلك من الأحكام التشريعية التي تسري على العامل دون المقاول[3].

وإذا كان عقد المقاولة يتفق مع عقد العمل في أن الهدف الأساسي لكل منهما القيام بعمل معين، إلا أن الذي يفرق بينهما هو أن عقد العمل يرد على العمل في ذاته، ويكون العامل فيه

---

[1] تنص المادة 783 من **القانون المدني الأردني**: "1- إذا اشترط على المقاول تقديم مادة العمل كلها أو بعضها وجب عليه تقديمها طبقا لشروط العقد. 2- وإذا كان صاحب العمل هو الذي قدم مادة العمل وجب على المقاول أن يحرص عليها وأن يراعي في عمله الأصول الفنية وأن يرد لصاحبها ما بقي منها فإن وقع خلاف ذلك فتلفت أو تعيبت أو فقدت فعليه ضمانها".

[2] نقلا عن أبو قرين: مرجع سابق، صفحة 24.

[3] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة4، صفحة 8-9.

في حالة خضوع وتبعية لصاحب العمل، أما عقد المقاولة فيرد على العمــل لنتيجتــه ويكــون المقاول مستقلاً في عمله عن صاحب العمل[1].

ويعدّ خضوع العامل وتبعيته لصاحب العمل هو المعيار في التفريق بين المقاولة والعمل وهذا هو الرأي المسلم به في الوقت الحاضر، إذ إنّ عقد العمل يخوّل صــاحب العمــل ســلطة توجيه العامل وإدارته في ما يؤديه من خدمات وأعمال، ليقوم العامل بأداء ما هو مكلف به تحت إدارة صاحب العمل وإشرافه سيطرته، وعليه يكون في مركز الخضــوع والتبعيــة لصــاحب العمل[2].

وقد قضت محكمة استئناف رام الله بأن " أهم ما يميز عقد العمل عن عقد المقاولة هــو تبعية العامل لصاحب العمل، فهو عقد يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمــل عمــلا فــي خدمــة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، وأما عقــد المقاولــة فهو عقد يتعهد بموجبه أحد المتعاقدين بأن يعمل عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر[3]".

وهذا هو المعيار الذي أخذ به القانون المدني الأردني في التمييز بين عقد المقاولة وعقد العمل، فقد نصت المادة (805) الفقرة الأولى منه على أن " عقد العمل عقد يلتزم أحــد طرفيــه بأن يقوم بعمل لمصلحة الآخر تحت إشرافه أو إدارته لقاء أجر".

فعلاقة التبعية بين العامل وصاحب العمل لا تتوافر في علاقة صاحب العمل بالمقــاول لأنه يقوم بعمله بصورة مستقلة وعلاقة التبعية هذه هي التي تميز عقد المقاولة عن عقد العمل[4].

وتبعية العامل صاحب العمل قد تكون تبعية فنية، تخوّل صاحب العمل توجيــه العامــل فيما يتعلق بأصول العمل الفنية، وقد تكون إدارية أو تنظيمية تقتصر على إشراف صاحب العمل على الظروف الخارجية التي يتم فيها تنفيذ العمل، كتقسيم العمل على العمال ورقابتهم في أثنــاء

---

[1] الدوري: مرجع سابق، صفحة 19.

[2] شنب: مرجع سابق، فقرة 19، صفحة 26-27.

[3] استئناف حقوق رقم 78/193، منشور في *برنامج الكامل للتشريعات والأحكام العليــا* (CD)، نــابلس، ســليكو للــنظم والتشريعات، سنة 2004.

[4] مراد، محمد حلمي: **قانون العمل والتأمينات الاجتماعية**، القاهرة، سنة 1961، فقرة 205، صفحة 226.

قيامهم بالعمل، ولا تتطلب هذه التبعية التنظيمية أن يكون صاحب العمل ملمّــاً بأصــول العمــل الفنية، ويكفي توافر التبعية الأخيرة لاعتبار العقد عملاً[1].

ومن جهة أخرى فإن التبعية المطلوبة لعدِّ العقد عقد عمل هي التبعية القانونية، المتمثلــة في خضوع العامل لصاحب العمل، وإطاعة أوامره وتوجيهاته، وليســت التبعيــة الاقتصــادية المتمثلة في احتياج العامل للأجر بصفته مصدر رزقه الوحيد[2]. فقد يكون المتعاقد مع صــاحب العمل في أمس الحاجة إلى الأجر، ولكنه لا يخضع لتوجيهات صاحب العمل وإدارتــه، وإنمــا يعمل بصورة مستقلة. وهنا لا نكون أمام عقد عمل وإنما أمام مقاولة.

ويتضح لنا مما سبق أن المعيار الجوهري الذي يميز عقد المقاولة عن عقــد العمــل أن المقاول يقوم بالأعمال المعهودة إليه مستقلاً، ودون إدارة صاحب العمل وتوجيهه، في حين يكون العامل في عقد العمل تابعاً وخاضعاً لصاحب العمل يطيع أوامره ونواهيه، ويلتزم بتعليماته.

وللتمييز بين عقد المقاولة وعقد العمل نتائج أهمها؛ أن المقاول يتحمل تبعة عملــه فــي حين لا يتحملها العامل. كما أن المقاول المحترف يكتسب صفة التاجر في أغلب الأحيــان، فــي حين لا يكتسب العامل مثل هذه الصفة.

رابعاً: عقد المقاولة وعقد الوكالة

تتفق المقاولة والوكالة في أن كلاً منهما عقد يرد على العمل، وهذا العمل يؤديه المقاول أو الوكيل لمصلحة غيره، ولكن يختلف العقدان في أن العمل في عقد المقاولة هو عمــل مــادي يغيب فيه عنصر التبعية لصاحب العمل، في حين هو في عقد الوكالة عمل أو تصرف قانوني.

ويترتب على ذلك نتيجة هامة وهي أن المقاول وهو يؤدي العمل لصالح صاحب العمل، إنما يعمل باسمه الخاص وبشكلٍ مستقل، فهو لا يمثل صاحب العمل ولا ينوب عنه،والتصرفات القانونية التي يبرمها المقاول في إطار الأعمال الموكولة إليه تضاف إليه شخصياً ولا تتصــرف

---

[1] المرجع السابق، فقرة 205، صفحة 226.

[2] شنب: مرجع سابق، فقرة21، صفحة30، نقلاً عن الأستاذ بول كوش في **المجلة الاقتصادية للتشريع والقضــاء**، ســنة 1913، صفحة 412.

إلى صاحب العمل، أما الوكيل فيعمل باسم موكله، ويكون نائباً عنه، كما يمثله في التصرف القانوني الذي يقوم به فينصرف أثر هذا التصرف إلى الموكل، كما لو كان هو الذي قام بالتصرف مباشرة[1].

وقد يحدث أن يكلف الشخص بأعمال مادية وبأعمال قانونية في آن واحد، فلا مانع من عدِّ هذا الشخص مقاولاً بالنسبة للأعمال المادية ووكيلاً بالنسبة للأعمال القانونية، ونطبق أحكام عقد المقاولة وعقد الوكالة كل حسب نطاقه الخاص، ولكن قد يتعذر في بعض الأحيان تطبيق أحكام عقد المقاولة والوكالة معاً، فعندئذٍ ننظر إلى العنصر الغالب، فإن كان عنصر الأعمال المادية نطبق أحكام المقاولة، وإن كان عنصر الأعمال القانونية نطبق أحكام الوكالة[2].

وبالرغم من كثرة الفوارق بين هذين العقدين[3] إلا أنهما قد يتداخلان إلى درجة التشابه، وتصعب التفرقة بين ما إذا كان العقد مقاولة أم وكالة، وذلك في العقود التي تبرم مع

أصحاب المهن الحرة، كالطبيب والمحامي والمهندس وغيرهم[4].

وكان القضاء الفرنسي سابقاً يعدّ هذه العقود عقود وكالة لا عقود مقاولة أو عمل، على الرغم من أن محلها هو القيام بأعمال مادية، وذلك لأنّ عقدي المقاولة والعمل يوصفان في القانون الفرنسي بأنهما عقدا إيجار للعمل، فأراد القضاء الفرنسي أن يرتفع بأصحاب هذه المهن عن أن يكونوا أجراء لأصحاب العمل، وقد كان القضاء الفرنسي متأثراً في ذلك بالقانون

---

[1] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 5، صفحة 14.

[2] المرجع السابق، الجزء السابع، فقرة 5، صفحة 18.

[3] يختلف عقد المقاولة عن عقد الوكالة في جملة أمور منها:

أ. المقاولة مأجورة دائماً، أما الوكالة فلا أجر فيها إلا إذا أشترط ذلك (المادة 857 من **القانون المدني الأردني**)؛ مع ملاحظة أن هذا الفرق ليس له وجود بالنسبة **لمجلة الأحكام العدلية** (المواد 1468،564).

ب. يعمل المقاول بشكل مستقل عن صاحب العمل ولا يكون صاحب العمل مسؤولاً عنه مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، أما الوكيل فيقوم بالعمل تحت إشراف صاحب العمل (الموكل)، ويكون الموكل مسؤولاً عنه مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه (المادة 1/859 من **القانون المدني الأردني**).

ت. الوكيل ينوب عن موكله، ويلزمه بتصرفاته وينصرف أثرها مباشرة إلى موكله، أما المقاول فإن أثر تصرفاته ينصرف إليه فقط.

[4] الدوري: مرجع سابق، صفحة 25؛ السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع فقرة 5، صفحة 16.

الروماني الذي كان يعدّ عقد إيجارة الأشخاص من الأعمال الحقيرة التي لا يزاولها إلا الأرقـاء أو الأجراء[1].

ويعدّ السنهوري " أن الأعمال التي يقوم بها أصحاب هذه المهن الحرة هي أعمال مادية في مجموعها لا تصرفات قانونية، وإذا تميزت بشيء فإنها تتميز بأن ناحية الفكر فيها متغلبـة. ولكن هذا لا يمنع من أن تكون أعمالاً مادية لا تصرفات قانونية، وأن أصحابها إذ يقومون بهـا لمصلحة الغير إنما يربطهم بالغير عقد مقاولة أو عمل، ولا يحط من مقام أصحاب هذه المهـن الحرة أن يكونوا مأجورين، لا سيما بعد أن تميز عقد المقاولة وعقد العمل عن عقد الإيجار، فلم يعودا عقدي إيجار للعمل كما كان يطلق عليهما في الماضي[2]".

وبناء على ما سبق، فإن الطبيب يقوم بعمله بصورة مستقلة ويعدّ العمل الذي يقـوم بـه عملا مادياً، ولا يكون نائباً عن المريض، وعليه فإن عمله يعدّ مقاولة، وهذا ما ذهب إليه الفقـه الحديث، والقضاء الفرنسي في بعض أحكامه[3].

أما إذا عقد الطبيب عقداً مع مستشفى يعدّ عقد عمل لا مقاولة، لأن الطبيـب فـي هـذه الحالة يكون خاضعاً لإشراف المستشفى من الناحية الإدارية، وإن كـان مسـتقلاً مـن الناحيـة الفنية[4].

أما عقد المحامي مع موكله فإنه يتضمن أعمالاً مادية وأخرى قانونية، لذلك يعدّ مقـاولاً بالنسبة للأعمال المادية، ووكيلاً بالنسبة للأعمال القانونية، فليس ما يمنع من ذلك كمـا ذكرنـا سابقاً. ولكن إذا حصل تعارض بين أحكام المقاولة وأحكام الوكالة ولم يمكن التوفيق بينهما فيجب ترجيح العنصر الغالب في أعمال المحامي وهو عنصر الوكالة[5].

---

[1] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، صفحة 16.

[2] المرجع السابق، الجزء السابع، صفحة 19،18،17.

[3] شنب: مرجع سابق، فقرة 34، صفحة 46، 47؛ السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، صفحة 18، 19، 20. مرسي: مرجع سابق، فقرة 570، صفحة 476.

[4] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، صفحة 18، هامش رقم(1).

[5] شنب: مرجع سابق، فقرة 37، صفحة 49.

أما المهندس المعماري فهو يؤدي أيضاً أعمالاً مادية وأخرى قانونيــة، ولكــن عنصــر المقاولة هو الغالب على أعماله، فإذا حصل تعارض بين المقاولة والوكالة وجب تطبيق أحكــام المقاولة[1].

خامساً: عقد المقاولة وعقد الأشغال العامة

المقاولة عقد من عقود القانون الخاص، أما عقد الأشغال العامة فهــو عقــد إداري مــن عقود القانون العام[2]. ويعرف عقد الأشغال العامة بأنه: "عقد بمقتضاه تعهد الإدارة إلى شــخص من أشخاص القانون الخاص بالقيام بعمل متصل بعقار في مقابل أجر، تحقيقا للمنفعة العامة[3]".

ويتبين من التعريف أعلاه ضرورة توافر ثلاثة شروط لعدّ العقد عقد أشغال عامة وهي:

1. أن ينصب العقد على عقار.
2. أن يتم لحساب شخص معنوي عام.
3. أن يكون الغرض من العمل تحقيق منفعة عامة[4].

وتكييف عقد الأشغال العامة يتحدد بصفة صاحب العمل وكونه شخصا مــن أشــخاص القانون العام، ولا أثر لصفة المقاول على هذا التكييف[5]. لذلك يجب تحديد ما إذا كــان صـــاحب العمل شخصا عاما أو خاصا، فإذا كان شخصا عاما كالدولة أو إحدى مؤسساتها العامة كان العقد عقد أشغال عامة.

وتقوم الصعوبة بالنسبة لشركات المساهمة العامة وشركات الاقتصاد المختلط التي تساهم الدولة أو المؤسسات العامة في رأسمالها بنسب مختلفة. ويتجه الرأي الراجح فــي الفقــه إلـــى إخضاع العقود التي تبرمها هذه الشركات للقانون الخاص[6]، وعدها عقود مقاولات.

---

[1] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، صفحة 22؛ شنب: مرجع سابق، فقرة 25-،27، صفحة33- 36.
[2] السرحان: مرجع سابق، صفحة 17.
[3] شنب: مرجع سابق، فقرة 39، صفحة 50.
[4] الطماوي، سليمان: **الأسس العامة للعقود الإدارية**، الطبعة الثانية، القاهرة، دار الفكر العربي، سنة 1975، صفحة 81.
[5] السرحان: مرجع سابق، صفحة 18.
[6] شنب: مرجع سابق، فقرة 40، صفحة 52-53.

الفصل الأول

طبيعة مسؤولية المقاول والمهندس وخصائصها

لقد وضع المشرع الأردني قواعد خاصة لمعالجة مسؤولية المقاول والمهندس بعد تسليم العمل، وتشدد المشرع في هذه المسؤولية لأسباب كثيرة منها خطورة أعمال البناء والإنشاءات الثابتة، وحماية صاحب العمل غير الخبير بأعمال البناء وحفاظاً على المصلحة العامة.

وقد نظمت هذه المسؤولية في القانون المدني الأردني في المواد من (788- 791)، ويقابلها نص المواد (744- 747) من مشروع القانون المدني الفلسطيني. والمواد (651-654) من القانون المدني المصري، والمادة (1792) من القانون المدني الفرنسي[1].

ومن أجل الوقوف على ماهية هذه المسؤولية وتحديد مضمونها وجوهرها والتعرف على أبعادها، وترتيب أحكامها بشكل دقيق، فلا بدّ من البحث في طبيعة هذه المسؤولية وخصائصها. لذا سأقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول

الطبيعة القانونية لهذه المسؤولية

تعددت الآراء حول الطبيعة القانونية لمسؤولية المقاول والمهندس وفقا للقواعد الخاصة، فاتجه رأي إلى عدّها مسؤولية عقدية واعتمد في ذلك على أن تسليم العمل لا يغطي كل العيوب التي قد تظهر بعد ذلك، واتجه رأي آخر إلى القول إنها مسؤولية تقصيرية باعتبار أن تسليم العمل يغطي كل العيوب وينهي العقد، وهناك رأي ثالث لم يعدّها في دائرة المسؤولية العقدية ولا التقصيرية، بل عدّها مسؤولية قانونية أوجبها القانون حفاظا على مصلحة صاحب العمل غير الخبير بأمور البناء من جهة والصالح العام من جهة أخرى وسوف نقوم ببيان هذه الآراء في ثلاثة مطالب.

---

[1] الملحق صفحة 110 من هذه الرسالة.

المطلب الأول: مسؤولية عقدية أساسها العقد

ذهب الرأي الغالب في الفقه الفرنسي[1] إلى أن مسؤولية المقاول والمهندس مسؤولية عقدية، إذا كانت ناجمة عن عدم تنفيذهما التزاماتهما العقدية.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية معلنة بصفة مستقرة أن دعوى الضمان الخاص تقوم على المسؤولية العقدية؛ لأنها تنشأ نتيجة الإخلال بالتزامات مترتبة على عقد المقاولة[2].

وأما الفقه في مصر والأردن فهو أيضا يرى أن مسؤولية المقاول والمهندس المعماري المقررة وفقا للقواعد الخاصة ما هي إلا مسؤولية عقدية[3]. ويقول الدكتور السنهوري في ذلك إنّ "المقاول يكون مسؤولا عن جودة العمل، فيكون مسؤولا عن كل عيب في الصنعة، وهذه المسؤولية هي لا شك مسؤولية عقدية، لأنها تقوم على التزام عقدي أنشأه عقد المقاولة، وهذا يصدق أيضا على المقاولات المتعلقة بالمنشآت الثابتة في الأرض، فهي كسائر المقاولات تنشئ التزاما في ذمة المقاول أن تكون المنشآت خالية من العيب، فإذا انهدم البناء أو ظهر فيه عيب فقد تحققت المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس[4]".

وقد نصت محكمة النقض المصرية منذ أمد بعيد على أنّ " مسؤولية المقاول أو المهندس عن خلل البناء بعد تسليمه طبقا للمادة 409 مدني (قديم) لا يمكن إعتبارها مسؤولية تقصيرية أساسها الفعل الضار من جنحة أو شبه جنحة مدنية، ولا يمكن كذلك إعتبارها مسؤولية قانونية

1الدوري: مرجع سابق، صفحة43، نقلا عن بوردي وفال: *القانون المدني*، الجزء الثاني، فقرة(3942–3943)، مازوونتك، الجزء الأول، فقرة 148، هامش رقم (3).

2 ياقوت، محمد ناجي: **مسؤولية المعماريين بعد إتمام الأعمال وتسلمها مقبولة من صاحب العمل**، بدون طبعة، الإسكندرية، منشأة المعارف، بدون سنة نشر، فقرة 188، صفحة 294، نقلا عن هنري مازو: **المسؤولية العقدية للمقاولين وتقبل الأعمال، دراسات مهداة إلى سافاتيه**، ص645، والأحكام المشار إليها- بوبلي، فقرة 357، سانت الأدى، ص600، كوستا، ص46.

3 مرسي: مرجع سابق، الجزء الرابع، فقرة 594، صفحة 496. المومني، أحمد سعيد: **مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة**، الطبعة الأولى، الأردن، مكتبة المنار للنشر والتوزيع، سنة 1987، صفحة 216.

4 السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 71، صفحة 132.

من نوع آخر مستقلة بذاتها ومنفصلة عن المسؤولية العقدية المقررة بين المقاول وصاحب البناء على مقتضى عقد المقاولة، وإنما هي مسؤولية عقدية قررها القانون لكل عقد مقاولة على البناء، سواء أنص عليها في العقد أم لم ينص، كمسؤولية البائع عن العيوب الخفية فإنها ثابتة بنص القانون لكل عقد بيع على أساس أنها مما يترتب قانونا على عقد البيع الصحيح[1]". كما أن هذا المبدأ في ظل التقنين المصري الجديد لم يتغير فقد قضت محكمة النقض المصرية " بأن ضمان المهندس أساسه عقد يبرم بينه وبين صاحب العمل يستوجب مسؤوليته عن أخطاء التصميم أو عيوب التنفيذ[2]"

وتجدر الإشارة هنا أن سبب الخلاف حول طبيعة المسؤولية الخاصة للمقاول والمهندس أن هناك رأيا يقول: إنّ ضمان المقاول القائم على المسؤولية العقدية ينتهي بتسليم العمل، والتسليم يغطي كل العيوب التي تظهر فيما بعد، فإذا بقي مقاول المنشآت الثابتة ضامنا للعيوب التي تظهر في البناء لمدة عشر سنوات، فلا يعد هذا من قبيل الالتزام العقدي لكونه قد انتهى بالتسليم، وإنما يعدّ التزاماً تقصيرياً أو قانونياً أوجبه القانون رعاية لصاحب العمل ونظرا لخطورة المنشآت الثابتة ووجوب اختبار صلابتها ومتانتها مدة من الزمن[3].ويرد الدكتور السنهوري على ذلك بأن " التسليم لا يغطي إلا العيوب الظاهرة، أما العيوب الخفية في جميع المقاولات فلا تغطى بالتسليم، ويبقى المقاول مسؤولا عن عيوب الصنعة المدة التي يقضي بها العرف، وفيما يتعلق بمقاولات المنشآت الثابتة، فإن المشرع نظرا لأهميتها لم يتركها خاضعة للعرف، وإنما جعلها خاضعة لمدة ضمان خاصة، وهي عشر سنوات، وذلك لاختبار متانة البناء وصلابته[4]".

1 نقض مدني، 5يناير، سنة 1943، مجموعة عمر2، رقم 154، صفحة 452، نقلا عن السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، صفحة 132، هامش رقم (4).

2 نقض 1973/11/27، س24، صفحة 1146، نقلا عن منصور، محمد حسين: **المسؤولية المعمارية**، بدون طبعة، الإسكندريه، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 1999، صفحة 141.

3 السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 71، صفحة 133، نقلا عن بلانيول وريبير ورواست: *القانون المدني*، جزء11، فقرة 947.

4 السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 71، صفحة 133-134.

المطلب الثاني: مسؤولية تقصيرية أساسها الخطأ

لقد كان القضاء الفرنسي قديما يرى أن مسؤولية المقاول والمهندس عن التهدم الكلي أو الجزئي في البناء هي مسؤولية تقصيرية أساسها الخطأ[1]، والسبب الذي حدا بالقضاء الفرنسي إلى تبني هذا الرأي –كما قدمنا– هو أن ضمان المقاول لجودة العمل، وهو الضمان القائم على المسؤولية العقدية ينتهي بالتسليم، ولأنّ التسليم – حسب ما يرى القضاء الفرنسي – يغطي كل العيوب التي تظهر بعده، فإن الالتزام ليس هو الالتزام التعاقدي الذي ينتهي بالتسليم، وإنما هو التزام تقصيري[2].

وقد سبق أن رأينا أن القضاء الفرنسي حديثا عدل عن هذا الاجتهاد، وذلك بإعلانه في أحكامه وبصورة مستقرة أن هذه المسؤولية ما هي إلا مسؤولية عقدية، لذلك لم يبق لهذا الاتجاه من أنصار، وإضافة لذلك فإن هناك عدة أسباب تدعو إلى التحفظ بشأن هذا الرأي منها[3]:

أولا: يشترط في المسؤولية التقصيرية أن يكون هناك خطأ في جانب كل من المقاول والمهندس يتمثل في تقصيرهما أو إهمالهما في أعمال البناء أدى إلى حصول التهدم أو ظهور العيب فيه. أما مسؤولية المقاول والمهندس وفقا للقواعد الخاصة تقوم على خطأ مفترض وهو مخالفة القانون، ولا يمكن نفي هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي[4].

ثانيا: لا يشترط في العيب الذي يسأل عنه المقاول والمهندس وَفْقَ القواعد الخاصة أن يكون قديما، بمعنى أنه لا يشترط أن يكون موجودا قبل إنجاز العمل وتسليمه لصاحب العمل. وهذا

---

[1] نقض فرنسي 15 يونيه، سنة 1863، دالوز 63–1–421–26 نوفمبر، سنة 187، داللوز 75–1–20–29 مارس، سنة 1893، داللوز 93–1–289–24مايو سنة 1894، داللوز 94–1–451–16 مايو سنة 1904، داللوز 1905–1–352–19يونيه سنة 1929، داللوز الأسبوعي 1929–393– 24 نوفمبر سنة 1954، جازيت دي باليه 1955–1–100، نقلا عن السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 71، صفحة 133.

[2] بلانيول وريبير ورواست: جزء 11، فقرة 947، نقلا عن السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 71، صفحة 133.

[3] الدوري: مرجع سابق، صفحة 50–51؛ عنبر، محمد عبد الرحيم: **عقد المقاولة والتوكيلات التجارية**، الطبعة الثالثة، دون مكان نشر، دون دار نشر، سنة 1988، صفحة 163–167.

[4] نص المادة 1/788 من **القانون المدني الأردني** في الملحق صفحة 110 من هذه الرسالة.

على خلاف ما توجبه القواعد العامة التي تقضي بأن الضمان لا يتحقق إلا إذا كان العيب موجودا قبل التسليم أو كانت جرثومته موجودة قبل التسليم[1]، فعندئذٍ تقوم مسؤولية المقاول والمهندس عنه وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.

ثالثا: تبقى مسؤولية المقاول والمهندس وفقا للقواعد الخاصة قائمة حتى لو بقي سبب التهدم مجهولاً[2]، ويرجع ذلك إلى أن هذه المسؤولية مبنية على خطأ مفترض وهو مخالفة القانون، ولا يمكن نفيها إلا بإثبات السبب الأجنبي. وفي المسؤولية التقصيرية إذا كان الإلتزام بذل عناية يكون على المتضرر أن يثبت وقوع الخطأ من المتسبب بالضرر.

لكل هذه الأسباب، يتبين لنا أن مسؤولية المقاول والمهندس المقررة وفقا للقواعد الخاصة لا يمكن أن تبنى على أساس الفعل الضار، كما أن القضاء الفرنسي قد عدل عن إعتبارها كذلك واتجه مع ما ذهب إليه غالبية الفقه الفرنسي من إعتبارها مبنية على أساس الإخلال بتنفيذ الالتزام الناشئ عن عقد المقاولة بين صاحب العمل وكل من المقاول والمهندس.

المطلب الثالث: مسؤولية قانونية أساسها القانون

يذهب بعض الفقهاء في فرنسا[3] إلى القول إنّه ما دام العقد الذي يربط المقاول بصاحب العمل قد انتهى بالتسليم، وبما أن التسليم يسقط جميع العيوب التي قد تظهر في البناء، فإن التزام المقاول بضمان هذه العيوب ليس مصدره العقد الذي انتهى بانقضاء الالتزامات المتولدة عنه، وإنما هو التزام قانوني أوجبه القانون حماية لصاحب العمل ونظراً لخطورة المنشآت الثابتة وأهميتها، واختبارا لصلابتها ومتانتها فترة من الزمن[4].

---

[1] شنب: مرجع سابق، فقرة 108، صفحة 127.

[2] إستئناف مختلط 24 يونيه، سنة 1903، بيلتان 15، صفحة 358، نقلا عن شنب: مرجع سابق، فقرة 112، صفحة 135.

[3] الدوري: مرجع سابق، صفحة 51، نقلا عن بلانيول وريبير وروارست، جزء 11، فقرة 947.

[4] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 71، صفحة 133.

ويمكن أن يكون القانون مصدراً مباشراً لبعض الالتزامات التي يتكفل بتعينهـا وتحديـد نطاقها وترتيب أحكامها[1]، عندئذٍ يكون القانون مدفوعاً بجملة اعتبارات اجتماعيـة واقتصـادية وسياسية وفنية تقوم على التضامن الإجتماعي، ويستهدف من ورائها مصلحة عامـة أو خاصـة جديرة بالرعاية والاهتمام، ولذلك نجد أن مسؤولية المقاول والمهندس وفقـا للقواعـد الخاصـة أنشأتها النصوص القانونية حماية للمصلحة العامة والخاصة فجعلت المهندس والمقاول مسؤولين مسؤولية تامة بالتضامن عن الأضرار التي تصيب هذه المنشآت، وتؤدي إلى تهدمها أو تصدعها لمدة عشر سنوات بعد تسليمها لصاحب العمل؛ ليجعلهما حريصين كل الحرص علـى مراعـاة الدقة والالتزام بالقواعد الفنية السليمة في التنفيذ[2].

وعلى الرغم من إجماع غالبية الفقه والقضاء المصري والفرنسي على اعتبار المسؤولية الخاصة مسؤولية عقدية، إلا أن الباحث يرى أن هناك اختلافات بينها وبين أحكـام المسـؤولية العقدية مما يجعل هذه المسؤولية ذات كيان مستقل ومتميز، ويمكن إجمال هذه الاختلافات فيمـا يأتي:

1. المسؤولية العقدية تنطبق على كل الأشخاص الذين يقومون بـالإخلال بعقـودهم، أمـا المسؤولية الخاصة فلها نطاق خاص بها من حيث الأشخاص الذين تنطبق علـيهم وهـم المقاول والمهندس من جهة وصاحب العمل من جهة أخرى.

2. أن المسؤولية الخاصة تختص بالأضرار الخطيرة دون البسيطة كعيوب التهدم الكلـي أو الجزئي أو العيوب التي تهدد متانة البناء وسلامته خلال عشر سنوات على النحو الـذي سنفصله لاحقا(المادة 1/788 من القانون المدني الأردني)، فـي حـين أن المسـؤولية العقدية تشمل كل الأضرار المتوقعة سواء كانت خطيرة أم بسيطة.

---

[1] الصدة، عبد المنعم فرج: **مصادر الالتزام**، دون طبعة، بيروت، دار النهضة العربية، سنة 1979، صفحة 781. وتـنص المادة (213) من **القانون المدني الأردني** على أنّ: "الحقوق التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسري عليها النصـوص القانونية التي أنشأتها" ويقابلها نص المادة (198) من **القانون المدني المصري** التي تنص على أن " الالتزامات التي تنشـأ مباشرة عن القانون وحده تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها ".

[2] غيث، فتحي: **قانون المهندس**، الطبعة الأولى، سنة 1960، صفحة 11 و صفحة 54، نقلا عـن عنبـر، محمـد عبـد الرحيم: **عقد المقاولة والتوكيلات التجارية**، الطبعة الثالثة، بدون مكان نشر، بدون دار نشر، سنة 1988، صفحة 168.

3. الأصل أنه يجوز الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية بالتشــديد أو التخفيــف أو حتى الإعفاء منها (المادة 217 من القانون المدني المصري)[1] أما هذه المسؤولية فهــي متعلقة بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على الحد أو الإعفاء منها (المادة 790 من القانون المدني الأردني). ولذا فإن الباحث يرى أن هذه المسؤولية مسؤولية قانونيــة، أوجبهــا القانون حماية للمصالح العامة والخاصة على حدٍ سواء.

[1] مع العلم أن **القانون المدني الأردني** لا يجيز الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية حيث تنص المادة 2/364 مــن القانون المدني بأنه: " يجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الإتفاق بمــا يجعــل التقدير مساويا للضرر ويقع باطلا كل إتفاق يخالف ذلك".

المبحث الثاني

خصائص مسؤولية المقاول والمهندس

تعدّ مسؤولية المقاول والمهندس عن متانة البناء مسؤولية استثنائية تتميز بمقومات ذاتية وخصوصية تجعلها ليست تطبيقا محضا للقواعد العامة[1]، فقد تشدد المشرع في أحكام هذه المسؤولية نظرا لخطورة أعمال البناء والإنشاءات الثابتة، ولهذا فإنها تتميز بخصائص مهمة تتمثل بأنها مسؤولية تضامنية ومفترضة بقوة القانون، ومتعلقة بالنظام العام، وشامله للعيوب الخطيرة خلال مدة عشر سنوات، وسوف أبحث في كل هذه الخصائص في ثلاثة مطالب على التتابع.

المطلب الأول: مسؤولية تضامنية ومفترضة بقوة القانون

نصت المادة (1792) من القانون المدني الفرنسي على أن "كل معماري يتولى تشييد عمل يكون مسؤولا بقوة القانون نحو صاحب العمل أو من تؤول إليه ملكية العمل عن الأضرار حتى الناتجة عن عيب الأرض التي تعرض للخطر متانة العمل وصلابته أو التي تصيبه في أحد عناصره التأسيسية أو أحد عناصره التجهيزية، والتي يترتب عليها أن يصير العمل غير صالح للغرض الذي شيد من أجله، وتنتفي هذه المسؤولية إذا ما أثبت المقاول أو المهندس أن الأضرار ترجع إلى سبب أجنبي".

وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة السابقة أنّ " قرينة المسؤولية المقررة، في المادة (1792) تمتد لتشمل أيضا الأضرار التي تصيب متانة عناصر التجهيز في البناء ولكن فقط إذا كانت تلك العناصر تشكل جسماً على نحوٍ غير قابل للانفصال مع أعمال المنافع العامة للمبنى... إلخ". ويتضح من خلال النص السابق أن المشرع الفرنسي قصد أن يوفر للمنتفعين بالأبنية والمنشآت الثابتة حماية قانونية أكثر قوة وفعالية ضد المخاطر المترتبة على عيوب البناء، فضلاً عن رغبته في التيسير على المضرورين وضمان سرعة الحكم لهم بالتعويض[2].

---

[1] شنب: مرجع سابق، فقرة 104، صفحة 120. مرسي: مرجع سابق، فقرة 593،صفحة 493.

[2] ياقوت: مرجع سابق، فقرة 91، صفحة 188.

وليس من شك أن تلك النصوص أوجدت قرينة قانونية على مسؤولية المقاول والمهندس، وأن هذه المسؤولية لا يمكن نفيها إلا بإثبات المقاول أو المهندس السبب الأجنبي، أي أن مسؤوليتهم تتحقق بمجرد حصول التهدم الكلي أو الجزئي أو حدوث عيب يهدد متانة البناء، ولا يطلب من صاحب العمل إثبات خطأ في جانب المقاول أو المهندس، لأن خطأه مفترض ولا يمكن نفي المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

وأما في القانون المدني المصري فلم ينص المشرع صراحة على وجود قرينة قانونية كما فعل المشرع الفرنسي، والسبب في ذلك يرجع إلى أن وجود هذه القرينة هو أمر يقتضيه إعمال القواعد العامة[1]، علماً بأَنّ المشرع المصري قد استخدم كلمة الضمان في المادة (651) للتدليل على مسؤولية المقاول والمهندس.

وكذلك الأمر فإن القانون الأردني لم ينص صراحة على القرينة القانونية لمسؤولية المقاول والمهندس إلا أننا يمكن أن نستدل على ذلك من مجمل النصوص في المواد (788-791) من القانون المدني الأردني. إذ يفهم منها أن مسؤولية المقاول والمهندس مفترضة بقوة القانون؛ لأن المشرع استعمل تعبير دعوى الضمان للدلالة على دعوى مسؤولية المقاول والمهندس (المادة 791 من القانون المدني الأردني). كما أنه استعمل عبارة الالتزام بالتعويض، للدلالة كذلك على مسؤولية المقاول والمهندس (المادة 2/788من القانون المدني الأردني) فلا يطلب من صاحب العمل إثبات خطأ في جانب المقاول والمهندس وإنما تكون مسؤوليتهم مفترضة بقوة القانون ولا تنتفي إلا بإثبات السبب الأجنبي.

وبهذا، فإن وجود القرينة القانونية على مسؤولية المقاول والمهندس يعفي صاحب العمل من إثبات خطأ في جانبهم، وإثبات علاقة السببية بين عملهم وبين التهدم الكلي أو الجزئي الحاصل، وينقلب عِبْءُ الإثبات على المقاول أو المهندس نفسه بإثبات السبب الأجنبي، فإن لم يستطع ذلك، أو بقي سبب التهدم أو العيب مجهولا فلا تنتفي مسؤوليته[2].

وتجدر الإشارة أيضا إلى أن هذه المسؤولية، فضلاً عن كونها مسؤولية مفترضة بقوة القانون، فهي تضامنية بين المقاول والمهندس، ويظهر هذا من صريح نص المادة 1/788 من

---

[1] المرجع السابق، فقرة 94، صفحة 193.

[2] شنب: مرجع سابق، فقرة 112، صفحة 135.

القانون المدني الأردني التي جاء بها: " إذا كان عقد المقاولة قائما على تقبل بناء يضع المهندس تصميمه على أن ينفذه المقاول تحت إشرافه كانا متضامنين في التعويض...".

وقد قصد المشرع من خلال التشدد في مسؤولية المقاول والمهندس التخفيف من عِبْءِ الإثبات على صاحب العمل كما قدمنا وكذلك تيسير حصوله على حقه في التعويض بأسرع وقت من خلال رجوعه على أي من المقاول أو المهندس حسب ملاءته. كما أن هذا الأمر يشكل دافعا لكل من المهندس والمقاول للرقابة على عمل الآخر، فيسعى كلٌ واحدٍ منهما لاكتشاف أيِّ أخطاء قد يقع بها الآخر، لينبهه إليها، ويساعده على إصلاحها[1].

ولكن التضامن بين المهندس والمقاول لا يقوم إلا في علاقتهما بصاحب العمل، أما في علاقتهما الواحد بالآخر فلا تضامن بينهما، بمعنى إن طالب صاحب العمل أحدهما استنادا إلى مسؤوليته التضامنية، فإن من تمت مطالبته يستطيع أن يعود على الآخر، وتقسم المسؤولية عليهما[2].

المطلب الثاني: مسؤولية متعلقة بالنظام العام

ما هو المقصود بالنظام العام، ولماذا جعل المشرع أحكام ضمان المقاول والمهندس من النظام العام ؟ للإجابة على ذلك لا بدّ من بحث هذا الموضوع في فرعين على النحو الآتي:-

الفرع الأول: فكرة النظام العام

من المعلوم أن القواعد العامة تجيز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي[3]. فأحكام المسؤولية بوجه عام لا تعدّ أحكامه من النظام العام، ويجوز الاتفاق على ما يخالفها، أي يجوز تشديدها، أو تخفيفها، أو حتى محوها باتفاق خاص[4].

---

[1] http://www.buildexonline.com/law-3.htm، بتاريخ 2007/4/8.

[2] السرحان: مرجع سابق، صفحة 67.

[3] تنص المادة (217) من **القانون المدني المصري** في الفقرة الثانية منها على أنه " يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أي مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ إلتزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

[4] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 59، صفحة 103.

ولكن نظرا لخصوصية هذه المسؤولية فإن المشرع تشدد في أحكامها، وجعلها من النظام العام. وقد نصت المادة 790 من القانون المدني الأردني على الآتي " يقع باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المقاول والمهندس من الضمان أو الحد منه "[1].

وفكرة النظام العام من الأفكار النسبية المتطورة، وهي تختلف باختلاف الأزمنة، والأمكنة والمجتمعات.

وقد حاول الفقه تعريف النظام العام، وبذلت جهوداً ومحاولات كثيرة من أجل الوصول إلى تعريف مشترك لفكرة النظام العام، إلا أنها دائما كانت تستعصي على التعريف أو الحصر، مما دفع الفقهاء في نهاية المطاف إلى الاكتفاء بتقريبها إلى الأذهان بقولهم " إن النظام العام هو الأساس السياسي، والاجتماعي، والاقتصادي، والخلقي الذي يقوم عليه كيان الدولة، كما ترسمه القوانين النافذة، أو بعبارة أخرى " مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تهم المجتمع مباشرة أكثر مما تهم الأفراد، سواء أكانت تلك المصالح سياسية، أم اجتماعية أم اقتصادية أم خلقية[2].

فالنظام العام فكرة مرنة ومتطورة، يكتنفها الغموض لذا يصعب تحديدها على وجه دقيق، فما قد يعدّ من النظام العام في دولة قد لا يعدّ كذلك في دولة أخرى، وفوق ذلك فما هو من النظام العام في دولة ما اليوم قد لا يكون كذلك في المستقبل في الدولة ذاتها، فالطلاق مثلا كان ممنوعاً في فرنسا إلى أن أجازه القانون الذي صدر في عام 1884 [3].

ويمكننا أن نستنتج أن قواعد النظام العام قواعد تمس المصالح العليا للمجتمع؛ الاجتماعية، والسياسية، والاقتصادية التي تعلو على مصالح الأفراد، ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

---

[1] ويقابلها نص المادة 653 من **القانون المدني المصري** والمادة 800 من **مشروع القانون المدني الفلسطيني**.

[2] محيو، حسن: **القانون المدني: محاضرات في المدخل إلى علم القانون**، بدون طبعة، الجامعة اللبنانية، سنة 1993-1994، صفحة 52.

[3] الهداوي، حسن: **تنازع القوانين**، الطبعة الثانية، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 1997، صفحة 186.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن النظام العام تسوده فكرتان أساسيتان هما[1]:

أولا: فكرة المعيار: فمعيار النظام العام هو المصلحة العامة.

ثانيا: فكرة النسبية: وبهذه الفكرة لا يمكن تحديد دائرة النظام العام إلا في أمة معينة وفي جيل معين، وتغير معتقدات أية أمة يغير من مفهوم النظام العام لديها.

الفرع الثاني: الغرض من جعلها متعلقة بالنظام العام

اختلف الفقهاء حول السبب الذي دفع المشرع إلى جعل مسؤولية المقاول والمهندس من النظام العام. فهناك من يرى أن المشرع قصد حماية المصلحة العامة، وفريق آخر يرى أن المشرع أراد أن يحمي صاحب العمل غير الخبير بأمور البناء الفنية، وسوف نستعرض هذين الرأيين فيما يأتي:

أولا: حماية المصلحة العامة

ذهب بعض الفقهاء في فرنسا إلى أن تعلق مسؤولية المقاول والمهندس بالنظام العام هو ضرورة تقتضيها السلامة العامة[2]، فعيوب البناء لا تصيب صاحب العمل وحده بالضرر، بل غالبا ما تؤدي إلى حدوث كوارث تصيب الكثيرين بأضرار فادحة في الأرواح والأموال، كالسكان والجيران والمارة في الطريق العام[3].

فمن الضروري لحماية سلامة هؤلاء الناس جميعا من المخاطر المترتبة على حوادث سقوط المباني وانهيار المنشآت، ألا يسمح للمعماريين- أي المقاول والمهندس- باستبعاد مسؤوليتهم عن هذه الحوادث باتفاق خاص[4].

---

[1] السنهوري: مرجع سابق، الجزء الأول، فقرة 228، صفحة 401.

[2] ياقوت، مرجع سابق، فقرة 148، صفحة 254، نقلا عن مازو: **المسؤولية**، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، سنة 1970، الفقرة 1070، صفحة 137.

[3] شنب: مرجع سابق، فقرة 120، صفحة 144.

[4] ياقوت: مرجع سابق، فقرة 148، صفحة 254.

ثانيا: حماية صاحب العمل

يرى فريق آخر من الفقهاء الفرنسيين أن تعلق هذه المسؤولية بالنظام العام ليس من أجل السلامة العامة، وإنما هو ضرورة تقتضيها حاجة صاحب العمل في مقاولات البناء لحماية خاصة ضد إهمال المقاول والمهندس ونتائجه الضارة على إعتبار أنه لا يفهم في مسائل البناء[1].

وقد استدلوا على ذلك بأن السلامة العامة تحظى بحماية قانونية كافية في القانون الوضعي، ويتمثل ذلك في المسؤولية التقصيرية، أو المسؤولية الجنائية للمعماريين المهملين، وأن الهدف هو حماية صاحب العمل في عقد المقاولة ليس إلا[2]. وبالرغم من وجود اختلاف حول الحكمة من جعل هذه المسؤولية متعلقة بالنظام العام، إلا أنه يمكن القول إنّ الهدف من وراء ذلك هو حماية المصلحة للمجتمع كافة بالإضافة إلى حماية مصلحة صاحب العمل غير الخبير بأمور البناء، ولعلنا لا نغفل أيضا هدفا مهما أراده المشرع بالتأكيد، وهو حث المقاول والمهندس من خلال تشديد المسؤولية عليهم على القيام بأعمالهم بشكل صحيح، وأن يبذلوا قصارى جهدهم في سبيل إتقان العمل وجودته.

المطلب الثالث: مسؤولية شاملة للعيوب الخطيرة

مما يميز هذه المسؤولية أنها تختص بالعيوب الخطيرة التي تهدد متانة البناء وسلامته فقط دون باقي العيوب البسيطة والمتوسطة، التي أخرجها المشرع من دائرة هذه المسؤولية، وترك معالجتها للقواعد العامة[3].

ولقد نصت المادة (788) من القانون المدني الأردني على هذه العيوب الخطيرة التي تشملها مسؤولية المقاول والمهندس وفقا للقواعد الخاصة، وهذه العيوب: التهدم الكلي أو الجزئي والعيوب التي تهدد متانة البناء وسلامته.

---

[1] المرجع السابق، فقرة 149، صفحة 255، نقلا عن مالان فو وجستاز: **القانون العقاري**، فقرة 108، صفحة 135.
[2] المرجع السابق، فقرة 149، صفحة 255 – 256، نقلا عن مالان فو وجستاز: فقرة 108، صفحة 135– 136.
[3] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 65، صفحة 114.

وقد إعتبر القضاء الأردني في حكم له أن التشقق الذي يحتاج إلى إصلاح، ويؤثر على متانة البناء بمثابة التهدم الجزئي[1].

ولكن يشترط في هذه العيوب أن تكون خفية وقت تسليم العمل وقبوله، وغير معلومة لصاحب العمل في ذلك الوقت، ولا يمكنه كشفها، ولو بذل عناية الشخص المعتاد في فحص المبنى ومعاينته[2].

وأما إذا كان العيب معلوما لصاحب العمل، أو ظاهرا وقت المعاينة والقبول بحيث كان في استطاعة صاحب العمل أن يكتشفه لو بذل في فحص المبنى عناية الشخص المعتاد، فإن القبول يعفي المقاول والمهندس من ضمان هذا العيب؛ لأن قبول صاحب العمل للمبنى دون تحفظ يعني أنه نزل عن حقه في الرجوع على المقاول والمهندس بضمان هذا العيب، وقبل بالبناء على حالته[3].

ولا يشترط في العيب أن يكون قديما، أي موجودا وقت قبول صاحب العمل. وهذا خلافا للقواعد العامة، فلو كان العيب طارئا، وحدث بعد قبول العمل وتسلمه، يبقى المقاول والمهندس ضامنين ومسؤولين عنه، إلا إذا كان سببه أجنبيا، فعندئذ تنتفي مسؤوليتهم بإثباتهم السبب الأجنبي الذي لا يد لهم فيه[4].

---

[1] تميز حقوق، رقم 84/57، منشور في **مجلة نقابة المحامين**، صفحة 1769، لسنة 1984 وقد جاء به " إذا كان التشقق في البناء عند تسليمه عاديا ولا يؤثر على متانة البناء، وأن التشقق الذي حصل في السنة الأخيرة يعد عيبا يحتاج إلى إصلاح، ومعلوم أن مثل هذا العيب والذي يؤثر على متانة البناء يعتبر تهدم جزئي، وأن القانون إعتبر التهدم الجزئي موجبا للضمان".

[2] مرسي: مرجع سابق، الجزء الرابع، فقرة 597، صفحة 499؛ شنب: مرجع سابق، فقرة 108، صفحة 127.

[3] شنب: مرجع سابق، فقرة 108، صفحة 127.

[4] المرجع السابق، فقرة 108، صفحة 127. Hinze, Jimmie: **Construction Contracts**, Second Edition, United States, McGraw-Hill, 2001,Page255.

الفصل الثاني

نطاق تطبيق أحكام مسؤولية المقاول والمهندس

إن مسؤولية المقاول والمهندس مسؤولية خاصة، لا تخضع للقواعد العامة، فهي مقصورة على دائرة معينة، ونطاق محدد، ولذلك فإن أحكامها جاءت لتطبق على أشخاص معينين، وعلى نوع محدد من العيوب تصيب المباني والمنشآت الثابتة، أو تهدد متانتها وسلامتها خلال مدة معينة ومحددة بعد تسليمها إلى صاحب العمل.

ولذلك فإن نطاق هذه المسؤولية يتحدد في ثلاثة مباحث، نقوم بتناولها خلال هذا الفصل على النحو الآتي: المبحث الأول: نطاق مسؤولية المقاول والمهندس من حيث الأشخاص. والمبحث الثاني: نطاق مسؤولية المقاول والمهندس من حيث الأضرار. والمبحث الثالث: نطاق مسؤولية المقاول والمهندس من حيث المدة.

المبحث الأول

نطاق مسؤولية المقاول والمهندس من حيث الأشخاص

نظرا لخصوصية مسؤولية المقاول والمهندس فإنها تطبق على دائرة معينة من الأشخاص دون غيرها، وهذه الدائرة تتحدد من حيث الأشخاص المسؤولون والأشخاص المستفيدون من أحكام هذه المسؤولية الخاصة. وسوف أبحث ذلك في مطلبين:

المطلب الأول: الأشخاص المستفيدون

يقع على رأس الأشخاص المستفيدين – وفقا لقواعد المسؤولية الخاصة – صاحب العمل المرتبط بعقد مقاولة بناء مع المقاول والمهندس، ونظرا لكونه يصاب بالضرر جراء التهدم الذي يصيب البناء، إلا أن هناك أشخاصاً آخرين يحق لهم استخدام حق صاحب العمل بالرجوع على المقاول والمهندس بموجب أحكام هذه المسؤولية، وهم الخلف العام، والخلف الخاص، ودائنو صاحب العمل، وسوف أبحث في هؤلاء الأشخاص المستفيدين في فرعين كما يأتي:

الفرع الأول: صاحب العمل وخلفه العام

الأصل أن صاحب الحق في الضمان هو صاحب العمل، الذي يتعاقد مع المقاول والمهندس بموجب عقد مقاولة، لوضع التصميمات اللازمة، والقيام بتنفيذ العمل والإشراف عليه، حيث يعمل المقاول والمهندس لحساب صاحب العمل ومصلحته[1]. ويستوي أن يكون صاحب العمل قد أبرم عقد المقاولة بنفسه، أو بوساطة وكيله[2].

لذلك كان صاحب العمل هو المستفيدَ الأولَّ من أحكام هذه المسؤولية الخاصة، فهو الذي يتضرر مباشرة جراء حدوث التهدم الكلي أو الجزئي، أو ظهور عيب يهدد متانة البناء وسلامته، فيستطيع أن يرجع بضمان هذه الأضرار على المقاول والمهندس، أو تبعاً لظروف الحال[3].

وقد يكون صاحب العمل شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً كوزارة، أو حكومة، أو شركة[4]، فتقوم هذه الشركة، مثلا، بالتعاقد مع مقاول معين لبناء مساكن بهدف تمليكها لشريحة معينة من المجتمع.

وهنا يبرز التساؤل حول صاحب الحق في ممارسة دعوى الضمان. هل هو صاحب العمل (الشركة) أو الملاك؟

وللإجابة على هذا التساؤل ندرس إن كان الشخص المعنوي قد سلَّم البناء للمستفيدين أو الملاك أم لا؟ فلو حدث أي تهدم أو عيب قبل التسليم كان الشخص المعنوي صاحب دعوى الضمان باعتباره صاحب العمل، أما بعد التسليم فيمكن للمالك الجديد أن يرجع مباشرة على المقاول والمهندس بأحكام هذا الضمان لأن الحق في الرجوع على هؤلاء الأشخاص ينتقل مع

---

[1] المومني: مرجع سابق، صفحة219. ياقوت: مرجع سابق، فقرة27، صفحة 73.

[2] منصور: مرجع سابق، صفحة 82.

[3] العطار، عبد الناصر توفيق: **تشريعات في تنظيم المباني ومسؤولية المهندس والمقاول**، دون طبعة، دون مكان نشر، مطبعة السعادة، دون سنة نشر، صفحة 128، فقرة 53؛ المومني: مرجع سابق، صفحة 219؛ السنهوري:مرجع سابق، فقرة63، صفحة111.

[4] منصور:مرجع سابق، صفحة82؛ المومني: مرجع سابق، صفحة219.

انتقال الملكية إليه[1]، فيكون للمالك الجديد ما للشخص المعنوي من ضمانات على البناء، ويمكن له الرجوع على الشخص المعنوي، ويستطيع الأخير الرجوع على المقاول والمهندس[2].

وإذا مات صاحب العمل، فإن الحق في الرجوع على المقاول والمهندس بدعوى الضمان ينتقل إلى خلفه العام وهو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات كالورثة[3]، فإذا حدث تهدم كلي أو جزئي أو ظهر عيب يهدد متانة البناء وسلامته، فإن الحق في مباشرة دعوى الضمان الخاص يكون من اختصاص الخلف العام لصاحب العمل، الذي انتقلت إليه ملكية العقار بعد موت صاحب العمل. وهذا ما يجمع عليه الفقه في مصر[4] وفرنسا[5].

ولكن صاحب العمل لا يستفيد من مسؤولية القواعد الخاصة، ولا ورثته من بعده، إذا كان مقاولا أصليا تعاقد مع مقاول من الباطن[6]. فإن تعاقد المقاول الأصلي مع مقاول من الباطن، لم يكن له أن يرجع على هذا الأخير فيما يتعلق بعيوب عمله' إلا بمقدار ما تقضي به القواعد العامة، ويمتنع عليه الاستفادة من مسؤولية القواعد الخاصة[7]. ويعود ذلك إلى أن الضمان المشدد قرره المشرع لمصلحة صاحب العمل غير الخبير بأمور البناء في مواجهة المقاول والمهندس اللذين يعدّان من أهل الفن والخبرة، أما المقاول الأصلي والمقاول من الباطن فهما من الناحية الفنية متساويان، ولا حاجة لتقرير مسؤولية استثنائية بينهما[8].

وقد نصت الفقرة (4) من المادة (651) من القانون المدني المصري صراحة على هذا الحكم، جاء فيها "ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن". (المادة 4/651 من القانون المدني المصري).

---

[1] شنب: مرجع سابق، فقرة106، صفحة124.

[2] منصور:مرجع سابق، صفحة83.

[3] السنهوري: مرجع سابق، ج1، فقرة344، صفحة 541.

[4] موسى:مرجع سابق، ج4، فقرة 604، صفحة 509؛ شنب: مرجع سابق، فقرة 106، صفحة 124.

[5] يس: مرجع سابق، صفحة 588، نقلا عن بلانيول وريبير ورواست: ج11، فقرة 961، صفحة 907.

[6] شنب: مرجع سابق، فقرة 106، صفحة 124؛ منصور: مرجع سابق، صفحة 84.

[7] ياقوت: مرجع سابق، فقرة 27، صفحة 74.

[8] تقرير لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب، *مجموعة الأعمال التحضيرية*، ج5، صفحة 23، السنهوري: مرجع سابق، ج7، صفحة 112، هامش رقم (1).

أما القانون المدني الأردني فلم يأت بنص مشابه، غير أن ما نصت عليه الفقرة(2) من المادة (798): " وتبقى مسؤولية المقاول الأول قائمة قبل صاحب العمل" يدل أن أحكام هذه المسؤولية محصورة النطاق بين صاحب العمل والمقاول الأصلي، وهي ما وجدت إلا لحماية صاحب العمل، غير الخبير بأمور البناء.

ويستطيع صاحب العمل الرجوع على المقاول الأصلي بالضمان الخاص حتى لو كان المقاول الأصلي قد نزل عن المقاولة لمقاول آخر ما دام صاحب العمل لم يبرئ ذمة المقاول الأصلي[1]. ولذلك فإن المقاول من الباطن لا يلتزم أمام صاحب العمل بأي ضمان. فلا توجد علاقة تعاقدية بينهما، وأن الذي يبقى ملتزما أمام صاحب العمل هو المقاول الأصلي، ويكون ضامنا لعمل المقاول من الباطن، وأعمال مساعديه وعماله[2].

الفرع الثاني: الخلف الخاص

يقصد بالخلف الخاص " من يخلف الشخص في عين معينه بالذات أو في حق عيني عليها كالمشتري و الموهوب له[3].

يجمع الفقه المصري أن الخلف الخاص لصاحب العمل له الحق في الإفادة من أحكام المسؤولية الخاصة للمقاول والمهندس[4]،"فإذا باع صاحب العمل المبنى أو وهبه، ثم تهدم كليا، أو جزئيا، أو ظهر فيه عيب يهدد سلامته، أو متانته، جاز للمشتري أو للموهوب له أن يرجع بالضمان على المهندس أو المقاول، ذلك أن الحق في الرجوع بالضمان قد انتقل مع المبنى إلى الخلف الخاص، طبقا لنظرية الاستخلاف في الحقوق والالتزامات[5]".

---

[1] شنب: مرجع سابق، فقرة 105، صفحة 123.

[2] Hinze: previous reference, Page 249؛ الجارحي، مصطفى عبد السيد: **عقد المقاولة من الباطن**، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 1988، صفحة 77. السنهوري: مرجع سابق، ج 7، هامش رقم (2)، صفحة 112.

[3] السنهوري: مرجع سابق، الجزء الأول، فقرة 344، صفحة541.

[4] شنب: مرجع سابق، فقرة 106، صفحة 124؛ ياقوت: مرجع سابق، فقرة 28، صفحة 75 – 76.

[5] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 63، صفحة 111.

"ويجوز للمشتري أن يرجع على بائعه بضمان العيب، وفي هذه الحالة يكــون للبــائع – وهو صاحب العمل – أن يرجع بدوره على المهندس أو المقاول بالضــمان، ولــه أن يــدخلهما ضامنين في دعوى العيب التي يرفعها عليه المشتري. ويرجع الخلف الخاص على المهنــدس أو المقاول بالضمان حتى لو لم يكن له حق الرجوع بالضمان على السلف، كما لو كان موهوبا له، وليس له حق الرجوع بالضمان على الواهب، فإنه يرجع بالرغم من ذلك بالضمان على المهندس أو المقاول، لأن دعوى الضمان قد انتقلت إلى الموهوب له مع العقار الموهوب بعقد الهبة [1] ".

وقد تضمن القانون الفرنسي نصّاً صريحاً على إمكانية استفادة الخلف الخاص أو العــام من دعوى الضمان الخاص فقد جاء في المادة 1792 من القانون المدني أنّ "كل معماري يتولى تشييد عمل يكون مسؤولا بقوة القانون نحو صاحب العمل، أو من تؤول إليه ملكية العمل"، وقــد استقر العمل بهذا الحكم في القضاء الفرنسي فقد جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية قولهــا: "إن الحق في الرجوع بالضمان الخاص على المهندس المعماري والمقاول فيما يظهر في المبنى من عيوب يعدّ حماية قانونية مرتبطة بملكية المبنى المشيد ارتباطا وثيقا، وغير متصلة بشخصية صاحب العمل وحده بالذات، دون غيره من الأشخاص الآخرين الذين يمكن أن تنتقل إليهم ملكية هذا البناء، بل إن هذه الحماية القانونية تتبع ملكية العقار المبني، وتندمج معها باعتبارهــا مــن ملحقاتها طيلة مدة الضمان الخاص المنصوص عليه في المادتين 1792، 2270 مــن القــانون المدني الفرنسي وأنه لمّا كانت مدة عشر سنوات المنصوص عليها في هاتين المادتين تعدّ فتــرة اختبار لمتانة المبنى وجودة تنفيذ الأعمال، فإن المالك الحالي للبناء يكون هو الشــخص الوحيــد الذي يكون في إمكانه تقدير توافر هذه المتانة من عدمه[2] ".

ولا يوجد نص في القانون المدني الأردني مشابها لما جاء في القانون الفرنسي، وإنمــا ترك هذا الأمر للقواعد العامة التي جاء فيها بنص المادة(207) من القانون المدني الأردني بأنه: "إذا أنشأ العقد حقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هــذه الحقــوق

[1] المرجع السابق،الجزء السابع، فقرة 63، صفحة 111، هامش رقم (1).

[2] نقض مدني فرنس 28 أكتوبر، سنة 1975، بولتان، فقرة 93، صفحة73، نقلا عن ياقوت: مرجــع ســابق، فقــرة 28، صفحة 76–77، هامش رقم (155).

تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته، وكـان الخلـف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

وقد يفيد من أحكام هذه المسؤولية الخاصة دائنو صاحب العمل عن طريق مـا يسـمى بالدعوى غير المباشرة[1]، وتنص المادة (366) من القانون المدني الأردني على أن:

"1. لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يباشر باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز.

2. ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق، وأن إهماله من شأنه أن يؤدي إلى إعساره، ويجب إدخال المدين في الدعوى".

ومن المعلوم أن الضمان الخاص يعدّ حقّاً من حقوق صاحب العمل، لـذا فـإن لـدائني صاحب العمل أن يباشروا باسمه مطالبة المقاول والمهندس بهذا الحق، وإقامة الـدعوى غيـر المباشرة عليهم، على أن يدخل صاحب العمل خصما في هذه الدعوى.

ولكن يشترط لمطالبة الدائن عن طريق الدعوى غير المباشرة أن يكون المدين (صاحب العمل) مهملا ومقصرا في استعمال هذا الحق، كما يشترط أن يكون هذا الإهمال مـن شـأنه أن يؤدي إلى إعساره، أو الزيادة في هذا الإعسار[2].

المطلب الثاني: الأشخاص المسؤولون

يقع على رأس الأشخاص المسؤولين عن تهدم البناء، أو تعيبه – وفقا لأحكام المسؤولية الخاصة– المقاول والمهندس اللذين يباشران عملية البناء وهؤلاء يكونان في الغالب مرتبطين مع صاحب العمل بعقد مقاولة بشكل مباشر، إلا أن هناك أشخاصاً آخرين لا يرتبطون مباشرة مـع

---

[1] تعرف الدعوى غير المباشرة بأنها " وسيلة قضائية رخص بموجبها القانون للدائن من أجل حفظ حقه في الضمان العـام بمباشرة جميع حقوق المدين المهمل لهذه الحقوق ضمن شروط معينة"؛ الفار، عبد القادر: **أحكام الالتزام**، الطبعة الثالثـة، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 1996، صفحة 83.

[2] الفار: مرجع سابق، صفحة 85-86.

صاحب العمل بعقد مقاولة، ومع ذلك فقد يكونون مسؤولين وفقا لأحكام هذه المسؤولية الخاصة. لذلك نتناول هذا المطلب في فرعين، الأول نتحدث فيه عن الأشخاص المرتبطين مباشـرة مـع صاحب العمل بعقد مقاولة والثاني عن الأشخاص غير المرتبطين بعقد مقاولة مع صاحب العمل.

الفرع الأول: الأشخاص المرتبطون مباشرة بعقد مقاولة

لم يذكر نص المادة (788) من القانون المدني الأردني وتقابلها المادة(651) من القانون المدني المصري سوى المهندس المعماري والمقاول بصفتهما مسئولين بموجب قواعد الضـمان الخاص[1]. وقبل أن نبحث في موضوع المقاول والمهندس المعماري لا بدّ من التأكيد على أهمية وجود عقد مقاولة بين المقاول والمهندس مع صاحب العمل على مبانٍ، أو منشآت ثابتة.

ومن المعلوم أنه يجب لمسائلة المقاول والمهندس المعماري وفقا للمـادة (788) مـدني الأردني، أن يكونا مرتبطين بصاحب العمل بعقد مقاولة، وأن يكون محل هذا العقد منشآت ثابتة، لذلك ينبغي التثبت من صحة التكييف القانوني لعقد المقاولة، فإذا تبين أن العقد هو عقد مقاولـة جاز لصاحب العمل الرجوع على المقاول والمهندس المعماري وفقا لأحكام هذه المسؤولية. أمـا إذا تبيّن أنّ العقد الذي يربط صاحب العمل بالمقاول والمهندس ليس عقد مقاولة، كأن يكون عقد عمل مثلاً، فعندئذ لا يكون المقاول أو المهندس مسؤولاً وفقا لأحكام المادة (788)، وإنما يكـون خاضعا لأحكام عقد العمل، أو يكون خاضعا لأحكام القواعد العامة، وفقا لتكييف العقد[2].

ونتناول الآن كلا من المهندس المعماري، والمقاول بالدراسة على إنفراد لنبين المقصود بكل منها.

---

[1] ويقابل ذلك نص المادة744 من **مشروع القانون المدني الفلسطيني** حيث جاء بها:" يضمن المهندس والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى..." حيث يفيد ذلك في توسيع دائرة المسؤولين عن التهدم وفقاً لأحكام هذه المسؤولية الخاصة.ونلاحظ هنا أن المشروع الفلسـطيني أورد كلمة المهندس فقط في نص المادة السابقة، مما يتيح للقضاء فرصة تفسير كلمة المهندس بأنه أي مهنـدس سـواء أكـان معمارياً أو إنشائياً أو غير ذلك. وهذه ميزة تميز بها المشروع الفلسطيني عن الأردني والمصري.

[2] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 61، صفحة 107-108. شنب: مرجع سابق، فقرة 105، صـفحة122-123؛ العمروسي، أنور: **التعليق على نصوص القانون المدني المعدل**، الجـزء الثالـث، دون طبعـة، الإسـكندرية، دار المطبوعات الجامعية، دون سنة نشر، صفحة 38، 46.

أولا: المهندس المعماري

عرف تقنين جياديت[1] المهندس المعماري بأنه: "الفنان الذي يصممُ أو يرسم ومورد مواد البناء للأبنية ويعين لها النسب والأحجام والتقسيمات المختلفة، والزخرفات المناسبة ويشرف على تنفيذها تحت مسؤوليته، وأخيرا يسوي مصروفاتها".

وعرفته لائحة مزاولة مهنة الهندسة المعمارية والأتعاب في مصر بأنه:" الشخص المتميز بقدرته على التخطيط والتصميم المعماري، والتطبيق الابتكاري، والتنفيذ، وله إلمام تام بفن البناء، حسب ظروف البيئة ومقتضياتها، ويسهم في التعمير والتشييد، في نطاق التخطيط العام، ويتمتع بالحماية القانونية التي تتطلبها مهنته[2]".

وهناك من عرفه بأنه: " هو الذي يملك مهارة ومعرفة كافية تؤهله من الابتكار والتصميم والتخطيط والإشراف والتنظيم على المباني والمنشآت الأخرى، بشكل ينم عن المهارة والتصميم الجيد خلال التخطيط بما تمليه عليه مهنته[3]".

وقد عرفه شنب بأنه:" الشخص المكلف من قبل صاحب العمل بإعداد الرسوم والتصميمات اللازمة لإقامة المباني أو المنشآت الأخرى والإشراف على تنفيذها بواسطة مقاول البناء[4]".

كما عرفه السنهوري بأنه:"الشخص الذي يعهد إليه في وضع التصميم والرسوم والنماذج لإقامة المنشآت، وقد يعهد إليه بإدارة العمل والإشراف على تنفيذه ومراجعة حسابات المقاول والتصديق عليها وصرف المبالغ المستحقة إليه[5]".

---

[1] يعتبر تقنين جياديت بمثابة ميثاق لمهنة الدراسة المعمارية في فرنسا، نقلا عن يس: مرجع سابق، صفحة412، هامش رقم (6).

[2] يس: مرجع سابق، صفحة 413.

[3] Keating, Donald: **Building Contracts,** Fourth Edition London, Sweet and Maxwell 1978, Page 196.

[4] شنب: مرجع سابق، فقرة105، صفحة 122.

[5] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 62، صفحة 109.

ونخلص من هذه التعريفات إلى أن المهندس المعماري يتميز عن غيره من الأشـــخاص الآخرين الذين يشاركون في أعمال البناء بدوره ذي الطابع الذهني، وقدرتـــه علـــى الابتكـــار، والإبداع في التصميم، وأن تدخله في عملية البناء يكون بتكليف من صاحب العمل، أو من يمثله قانونا ولحسابه، وأنه يجمع بين صفة الفنان والفني ويمارس مهنة حرة غير تجارية[1].

وقد درسنا أن المادة 788 مدني أردني ويقابلها 651 مدني مصري تلقـــي بالمســـؤولية على المهندس المعماري والمقاول وفقا لأحكام الضمان الخـــاص، إذ إنّ هنـــاك مـــن يـــرى أن المقصود بعبارة المهندس الواردة في نص المادة (1/788) من القانون المدني الأردني "هو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقوم بوضع تصميم البناء، ويقوم بالإشـــراف علـــى تنفيـــذ المقاول للعمل[2]".

"ولا يشترط في المهندس المعماري أن يكون حاملا مؤهلا فنيا في هندسة المعمار فمـــا دام الشخص يقوم بمهمة المهندس المعماري فهو ملتزم بالضمان. وعلى ذلـــك يكـــون ملتزمـــا بالضمان أي مهندس، ولو كان مهندسا ميكانيكيا، أو كهربائيا، إذا كان يقـــوم بمهمـــة المهنـــدس المعماري، بل إن المقاول الذي لا يحمل أي مؤهل أو أي شخص آخر غير مؤهـــل، إذا وضـــع التصميم فإنه يكون بذلك قد قام بمهمة المهندس المعماري، ومن ثم يكون ملتزما بالضـــمان. وإذا تعدد المهندسون المعماريون كان كل منهم ملتزما بالضمان في حدود العمل الذي قام به[3]".

هذا وقد يحدث أن تقتصر مهمة المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلـــف بالرقابة على التنفيذ، عندئذ لا يسأل عن تهدم البناء، أو عما يظهر فيه من عيوب بشكل مطلـــق، وإنما يسأل فقط عن العيوب الناجمة عن التصميم[4]. وعيوب التصميم إما أن ترجع إلى خطأ في أصول الهندسة المعمارية، كأن يكون من وضع التصميم لا تتوافر فيه الكفاية الفنيـــة، وإمـــا أن ترجع عيوب التصميم إلى مخالفة قوانين البناء ولوائحهن، كأن يوضع التصميم على أساس البناء

---

[1] ياقوت: مرجع سابق، فقرة 13، صفحة34.

[2] المومني: مرجع سابق، صفحة223.

[3] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، صفحة 109-110.

[4] شنب: مرجع سابق، فقرة 105، صفحة 122؛ المومني: مرجع سابق،صفحة224.

على رقعة من الأرض أكبر مما تسمح به هذه النظم، أو على أساس لأن يكون البناء مرتفعا أكثر مما يجب قانونا، أو على أبعاد تخالف القوانين واللوائح، أو يخرج البناء عن خط التنظيم[1].

وسواءً رجع عيب التصميم إلى أِصول الفن المعماري أو إلى مخالفة القوانين والأنظمة، فإن واضع التصميم مهندسا كان أم غيره، يجب عليه الضمان، سواء أشرف على التنفيذ، أو لم يشرف. غير أنه إذا أشرف على التنفيذ يكون مسؤولا عن عيوب التصميم وعن عيوب التنفيذ، فيكون متضامنا مع المقاول في حدود عيوب التنفيذ، ومستقلا وحده في الضمان عن عيوب التصميم، ولا يكون المقاول مسؤولا معه، ولكن إذا كان العيب في التصميم من الوضوح بحيث لا يخفى على المقاول، لا سيما إذا كان العيب يتعلق بمخالفة قوانين البناء ولوائحه، وأقدم المقاول على تنفيذ التصميم بالرغم من العيب الذي فيه، فإنه يكون ملتزما بالضمان، ومتضامنا مع المهندس[2].

وتطبيقا لذلك، فقد قضت محكمة النقض المصرية: " لئن كان الأصل أن المقاول الذي يعمل بإشراف صاحب العمل، الذي جعل نفسه مكان المهندس المعماري، لا يسأل عن تهدم البناء، أو عن العيوب التي يترتب عليها متانة البناء وسلامته، إذا كان ذلك ناشئاً عن الخطأ في التصميم الذي وضعه صاحب العمل، إلا أن المقاول يشترك في المسؤولية مع صاحب العمل، إذا كان على علم بالخطأ في التصميم وأقره، أو كان ذلك الخطأ من الوضوح، بحيث لا يخفي أمره على المقاول المجرب[3]".

ولكن المشرع الفرنسي لجأ إلى توسيع دائرة الضمان؛ نظرا لتعقد العمليات المعمارية في العصر الحديث، وتزايد أعداد المشتركين فيها طبقا لتنوع التخصصات، وما يستتبع ذلك من اشتراك المسؤولية، وصعوبة تحديدها، فلم يقصر المسؤولية على المهندس المعماري بمعناه

---

[1] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة66، صفحة119.

[2] الفضلي، جعفر: **الوجيز في العقود المدنية (البيع-الإيجار-المقاولة)**، بدون طبعة، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، بدون سنة نشر، فقرة 762، صفحة 404؛ Hinze: previous reference, Page 253 ؛ السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة66، صفحة119-120.

[3] الفقرة الأولى من الطعن رقم 0120 لسنة 30، بتاريخ 1965/1/21، سنة المكتب الفني 16، منشور في *المجموعة الدولية للمحاماة والإستشارات القانونية* (CD)، برنامج أحكام المحاكم العليا، القاهرة، سنة 2000.

الضيق فقط، وإنما توسع في ذلك؛ ليشمل كل المهندسين المشتغلين بالعمليــة المعماريــة علـــى اختلاف تخصصاتهم، ما داموا يرتبطون مع صاحب العمل بعقد مقاولة.

ويظهر ذلك من خلال نص المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي، فقد نصت علـــى أن: "كل معماري يتولى تشييد عمل يكون مسؤولا بقوة القانون نحو صاحب العمل...." وجاء في الفقرة الأولى من هذه المادة أيضا أنه: "يعدّ معماريا يتولى تشييد عمل في هذا القانون:

1. كل مهندس معماري فني، أو أي شخص آخر يرتبط مع صاحب العمل بعقد مقاولة.

2. كل شخص يبيع العمل بعد إتمام تشييده، سواء كان قد شيده بنفسه أو بواسطة آخرين.

3. كل شخص يقوم بمهمة تشابه مهمة مؤجر العمل (المعماري)...".

ومن هنا نجد أن القانون الفرنسي وسع المسؤولية حتى أصبحت تشمل أشخاصـــا غيـــر فنيين مرتبطين مع صاحب العمل بعقد مقاولة، ومن ثم يعدّ ملتزما بالضمان المهنـــدس، ســـواءٌ أكان مصمماً، أو إنشائياً، أو منفذاً، أو استشارياً. ولا شك في أهمية هذا التوســـع حيـــث يـــدعم الضمان المعماري من جهة ويضمن جدية عمليات البناء والإنشاءات من جهة أخرى[1].

ولكن في التشريعين الأردني والمصري ما زال الضمان على المهندس المعماري، وذلك طبقا لصريح نص المادة (788) أردني و (651) مصري، وهناك من برر ذلـــك بـــأن الـــنص افترض أن هذا المهندس المعماري هو المسؤول عن عمل هؤلاء المهندسين[2].

وفي الحقيقة لا يمكن التسليم بهذا الافتراض إلا إذا كان هـــؤلاء المهندســـون يتبعـــون المهندس المعماري، أي يعملون تحت إمرته، وإشرافه، أي تربطهم به عقود عمـــل، أو عقـــود مقاولة من الباطن، أما إذا كانوا يرتبطون مع صاحب العمل بعقد مقاولة، فيصعب القول بتبعيتهم

---

[1] منصور: مرجع سابق، صفحة 87. سرور، محمد شكري: **مسؤولية مهندسي ومقـــاولي البنـــاء والمنشـــآت الثابتـــة الأخرى**، بدون طبعة، القاهرة، دار الفكر العربي، فقرة 167، صفحة 193.

[2] يحيى، عبد الودود: **مسؤولية المهندسين والمقاولين والتأمين منها**، مصر المعاصرة، العدد 376، صفحة 128، نقـــلا عن منصور: مرجع سابق، صفحة 88. http://www.buildexonline.com/law-3.htm، بتاريخ 2007/4/8.

للمهندس المعماري، وعندئذ يخضعون للعقد الذي يربط كلا منهم بصاحب العمل، وتقوم مسؤوليتهم العقدية طبقا للقواعد العامة، دون الخضوع لأحكام الضمان الخاص، التي تقتصر على المهندس المعماري[1].

وهنا يكمن قصور النص؛ لأن نصوص مواد القانون المدني الأردني والمصري قد اكتفت بإلقاء المسؤولية على عاتق المهندس المعماري، مع العلم أن العملية المعمارية يتناوب عليها أكثر من مهندس على اختلاف تخصصاتهم كالمهندس المدني، أو الميكانيكي، أو الكهربائي، وهؤلاء يرتبطون مع صاحب العمل بعقد مقاولة، فلا بدّ من إشراكهم في المسؤولية الخاصة؛ حفاظا على مصالح صاحب العمل، والمتضررين كافة، وحرصا على إتقان العمل وجودته، ولكن مع وجود هذا النص، فإن مسؤوليتهم تخضع للقواعد العامة، مع بقاء المهندس المعماري وحده خاضعا لأحكام الضمان الخاص، مع العلم أن المهندس الإنشائي (المدني)، مثلا، يكون له دور رئيسي في عملية البناء، والإشراف عليه.

وقد أدرك المشرع المصري هذا الأمر مما دفعه إلى إصدار قانون بشأن توجيه أعمال البناء وتنظيمها رقم (106) لسنة 1976 الذي أطلق فيه المشرع لفظ المهندس، ليشمل كل المشاركين في عملية البناء؛ وذلك استجابة للتطور الحديث في النشاط المعماري إذ إنّ هذا النشاط لم يعد قاصرا على المهندس المعماري وحده[2].

ثانيا: المقاول

يقصد بالمقاول الشخص الذي يعهد إليه في إقامة المباني أو المنشآت الثابتة الأخرى[1]. وعرفه شنب بأنه "كل شخص تعهد لصاحب العمل بإقامة بناء أو منشآت ثابتة أخرى في مقابل أجر، دون أن يخضع في عمله لإشراف أو إدارة[2].

---

[1] منصور، مرجع سابق، صفحة 88.

[2] انظر قانون رقم 106لسنة 1976 والمعدل بالقانون رقم (30) لسنة 1983 بشأن توجيه وتنظيم أعمال البناء في مصر والذي يظهر من خلال مواده مثل (8) و (14) أن القانون جعل لفظ المهندس مطلقا.

[1] ياقوت: مرجع سابق، فقرة 14، صفحة 35.

[2] شنب: مرجع سابق، فقرة 105، صفحة 123.

ويستوي أن تكون المواد التي أقام بها هذه المباني أو المنشآت قد أحضرها من عنـده أو قدمها له صاحب العمل، ففي الحالتين يلتزم بالضمان بوصفه مقاولا يتحمـل المسـؤولية وفـق القواعد الخاصة[1].

ويظهر من خلال التعريف السابق الدور الأساسي للمقاول في تنفيذ عقد المقاولة، فهـو يقوم بالتنفيذ وفقاً للتصميمات والنماذج والرسوم التي يضعها المهندس المعماري، وتحت إشرافه، وطبقاً لتعليماته إلا أن هذا لا يمنع استقلاله في تنفيذ ذلك، وإلا فقد صفته مقاولاً، وأصبح تابعـاً للمهندس، أو صاحب العمل[2].

كما أن المقاول يتولى إدارة تنفيذ تلك الأعمال، وحراسة المواد والأدوات المسـلمة لـه، وتنبيه صاحب العمل، أو المهندس المعماري وإرشادهما إلى الأخطاء التي يكتشفها، أو كان مـن المفروض عليه أن يكتشفها في التصميمات والرسومات والنماذج المقدمة له، أو عن عيب فـي التربة المراد إقامة البناء عليها، وذلك في الوقت المناسب؛ لتدارك الأضرار التي قد تؤدي إليهـا هذه الأخطاء[3].

ويراعى أن المقاول يلتزم بالكشف عن الأخطاء والعيوب التي يمكن أن تتضح لرجل من أواسط مهنته[4]. فإذا كان العيب راجعا إلى مواد أحضرها صاحب العمل، ولم يكن في اسـتطاعة المقاول أن يكتشف العيب فيها، فإن المسؤولية تقع على صاحب العمل وحـده، أمـا إذا سـاعد المقاول صاحب العمل في إحضار تلك المواد، فتوزع المسؤولية عليهما[1].

وليس من الضروري أن يقوم مقاول واحد بإقامة المنشآت. فقد يعهد صاحب العمل إلى عدة مقاولين بالعمل، فيكون أحدهم متخصصاً في دق الأساسات، وآخـر فـي أعمـال البنـاء الأخرى، كالأعمدة والجدران والعوازل والأسقف والأرضيات وخلافـه، وثالـث فـي أعمـال

---

[1] ياقوت: مرجع سابق، فقرة 14، صفحة 35.

[2] منصور: مرجع سابق صفحة 90.

[3] يس: مرجع سابق، صفحة 421.

[4] منصور: مرجع سابق، صفحة 90.

[1] Hinze: previous reference, Page 249.

النجارة، أو الحدادة، أو التمديدات الصحية، أو أعمال الدهان والبياض وهكذا...، فكــل هــؤلاء المقاولين يلتزمون بالضمان الخاص، كل في حدود ما قام به من أعمال[1].

وإذا اقتصر دور المقاول على أداء بعض الأعمال التي لا تــؤثر علــى متانــة العمــل وسلامته، حتى إن تمت معيبة كأعمال البياض والدهان، وأعمال الصيانة الثانوية، فإنه لا يخضع لأحكام هذه المسؤولية الخاصة[2]، وإنما يخضع، عندئذ، للأحكام العامة في المســؤولية العقديــة، باعتباره مخلاً بالتزام عقدي بينه وبين صاحب العمل[3].

وهناك من يرى أنه إذا كانت المواد، أو الأدوات التي نفذ بها المقــاول أعمالــه، وفقــا لأحكام المسؤولية الخاصة من شأنها أن تؤثر على البناء وسلامته، فإنـــه يســأل وفقــا لأحكــام المسؤولية الخاصة حتى إن كانت الأعمال نفسها، لا تؤثر على متانة البناء، كأن تحتوي المــواد على عناصر يؤدي تسربها في البناء إلى التعيب، والضعف، وتهديد سلامته، مثل تمديد ماسورة مياه على شكل يؤدي إلى تسرب المياه في البناء وتعيبه.

والمعيار المتبع في ذلك هو معيار مدى تأثر سلامة البناء ومتانتــه[4]، وأعتقــد أن هــذا المعيار جيد، ولا بأس من الأخذ به في سبيل توسيع مســؤولية المقــاول والمهنــدس، وحمايــة صاحب العمل؛ لأن الأعمال التي قام بها المقاول في المثال السابق لا تؤثر في الأصــل علــى متانة البناء وسلامته، وهي تمديد ماسورة مياه، ومع ذلك لا بدّ من مسائلته وفقا لأحكام الضمان الخاص، إذا تمّ وضع الماسورة بشكل أدى إلى تعيب البناء، وأثر على سلامته، ومتانته.

ويلتزم المقاول بالضمان الخاص أيضاً، سواء أكان هو الذي قام بالعمل بنفسه أم بوساطة تابعيه وعماله، حتى لو لم يكن هؤلاء أتباعا له بالمفهوم القانوني، الوارد في مسؤولية المتبــوع

---

[1] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 62، صفحة 110؛ شنب: مرجع سابق، فقرة 105، صفحة 124.
[2] شنب: مرجع سابق، فقرة 105، صفحة 124.
[3] يس: مرجع سابق، صفحة 425.
[4] المومني: مرجع سابق، صفحة 223.

عن أعمال تابعه، كالمقاولين من الباطن، فيضمن المقاول الرئيسي أعمالهم في مواجهة صـــاحب العمل، في حين لا يسألون هم إلا أمام المقاول الأصلي مسؤولية، عقدية طبقا للقواعد العامة[1].

الفرع الثاني: الأشخاص غير المرتبطين بعقد مقاولة مع صاحب العمل

لقد وسع المشرع الفرنسي من نطاق الأشخاص المسؤولين بالضمان الخاص، ولم يكتف بالمقاول والمهندس المعماري، وإنما أخضع أشخاصا آخرين لهذه المسؤولية، بالرغم مـــن عـــدم ارتباطهم مباشرة بعقد مقاولة مع صاحب العمل وجاء ذلك في التقنيين الجديد رقـــم (12) لســـنة 1978م، فقد تضمنت ذلك المادة 1792 بفقراتها الستة[2]. وسوف نتناول هؤلاء الأشخاص بشيء من الإيجاز فيما هو آتٍ:

أولا: البائع

تنص المادة (1792/1/(2) من القانون المدني الفرنسي على أنه: "يعدّ معماريا يتـــولى تشييد عمل في هذا القانون كل شخص يبيع العمل بعد إتمام تشييده، سواء كان قد شيده بنفسه أو بواسطة آخرين".

وجاء المشرع الفرنسي بهذا النص؛ لمواجهة وضع جديد طرأ على العمـــل، مـــؤداه أن المقاول، أو المهندس نفسه قد يعمد إلى إقامة البناء لحسابه الخاص، ثم يبيعه بعد إتمام تشـــييده، وبالتالي يخضعون للقواعد العامة في عقد البيع، ولكن بعد صدور هذا القانون، أًصبح بائع العقار يخضع للمسؤولية الخاصة المنصوص عليها في المادتين 1792 و 2270 من القـــانون المـــدني الفرنسي[1].

---

[1] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 62، صفحة 110؛ شنب: مرجع سابق، فقرة 105، صفحة 123. وأنظـــر أيضا المادة 651 التي جاء بها بأنه: "... ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقـــاولين من الباطن".

[2] مشار إلى الترجمة في الملحق صفحة 110 من هذه الرسالة.

[1] يس: مرجع سابق، صفحة 484

وبائع العقار هو الشخص الذي يبيع عقاره سواء أبناه بنفسه أم بناه بوساطة مقاولين آخرين، فيستوي في ذلك من يبيع منزله الذي يكون قد شيده بوساطة مقاولين، والمقاول الذي يقوم بالتشييد والبناء بنفسه ولحسابه ومن ثم يبيع البناء[1].

فقد استطاع المشرع الفرنسي أن يعالج هذه المشكلة بإخضاع بائع العقار لأحكام مسؤولية المقاول والمهندس الخاصة، وبذلك لن يستطيع البائع التهرب من المسؤولية المشددة، والخضوع لعقد البيع الذي يمكنه من الاتفاق مع المشتري على الإعفاء من الالتزام بضمان عيوب البناء.

ثانيا: الوكيل

نصت المادة 1/1792(3)، من القانون المدني الفرنسي "يعدّ معماريا يتولى تشييد عمل في هذا القانون: كل شخص يقوم بمهمة تشبه مهمة مؤجر العمل على الرغم من أنه يتصرف بصفته وكيلا عن مالك البناء".

ويتضح من هذا النص أن المشرع جعل الوكيل عن صاحب العمل ضمن قائمة الأشخاص الذين يسألون ضمن المسؤولية الخاصة، إذا قام بمهمة تشبه مهمة المقاول أو المهندس، بقطع النظر عن ارتباطهم، أو عدم ارتباطهم بعقد مقاولة مع صاحب العمل.

ويشترط في هذا الشخص حتى يمكن اعتباره مسؤولاً، وفقا لأحكام هذه المسؤولية، شرطين هما:

أولا: أن يرتبط هذا الشخص، مع صاحب العمل بعقد وكالة صريحة، أو ضمنية، وأن يكون تصرفه في حدود وكالته.

ثانيا: أن يقوم هذا الشخص بأعمال تشبه الأعمال التي يقوم بها المقاول أو المهندس، كأن يقوم بدور المهندس المعماري بوضع التصميمات اللازمة، أو المقاول، أو غيرهما من الأشخاص الآخرين الذين يشاركون بدور معين في عملية البناء[1].

---

[1] ياقوت: مرجع سابق، فقرة 20، صفحة 50

[1] ياقوت: مرجع سابق، فقرة 21، صفحة 52. يس: مرجع سابق، صفحة 193-494.

ومن المعلوم لدينا أن عقدي المقاولة والوكالة، وإن اتفقا في ورودهما على العمل، إلا أنهما يختلفان في أن العمل في عقد المقاولة هو عمل مادي، في حين في عقد الوكالة يكون غالبا تصرف، أو عمل قانوني[1]. فقبل صدور النص أعلاه كان على القضاء أن يطبق على الوكيل فيما يخص الأعمال القانونية أحكام عقد الوكالة، وعلى الأعمال المادية أحكام عقد المقاولة، إلا أنه بعد ايراد هذا النص يجب على القضاء تطبيق أحكام الضمان الخاص على كل الأعمال التي يقوم بها الوكيل.

ثالثا: الصانع

تنص المادة 4/1792 من القانون المدني الفرنسي على أنه يعدّ معماريا بالمعنى المقصود في هذه المادة "كل صانع لعمل، أو جزء من عمل، أو لعنصر من عناصر التجهيز في العمل، صممت وأنتجت لكي تفي بأغراض خاصة به وفقا لمواصفات دقيقة معينة سلفا، ويكون مسؤولا مسؤولية تضامنية عن الالتزامات المفروضة في المواد (1/1792، 2/1792، 3/1792) من القانون المدني، والملقاة على عاتق المقاول الذي قام باستعمال هذا العمل، أو الجزء من العمل، أو العنصر التجهيزي فيه طبقا للقواعد الموضوعة من قبل الصانع ودون إجراء أي تعديل عليها....".

يجمع الفقه الفرنسي[2] على أن هذا الحكم الذي استحدثه المشرع في النص السابق يعد من أهم التجديدات التي أتى بها المشرع الفرنسي، خاصة بعد تدخل الصناعة الحديثة، والتقدم التقني في مجال البناء، واستمرار تزايد دور الصانع خصوصا بعد أن انتشرت فكرة المساكن مسبقة الصنع وأصبح دور المقاول يقتصر على تركيب أجزاء هذه المساكن بضم بعضها إلى بعض[1].

والصناع المعنيون في هذا النص هم الصناع الذين يشاركون بمنتجاتهم الصناعية في عملية البناء. وقد حدد النص طبيعة هذه المشاركة تحديدا دقيقا وعلى سبيل الحصر: فهي إما

---

[1] أنظر فيما سبق، صفحة 16 من هذه الرسالة.

[2] يس: مرجع سابق، صفحة 501، نقلا عن مالان فو وجستاز: فقرة 175، صفحة 198، لابان: **مسؤولية المهندسين المعماريين والتأمين منها**، باريس، 1978، صفحة 311.

[1] يس: مرجع سابق، صفحة 502.

تصنيع العمل كله كالبناء المسبق الصنع، أو تصنيع جزء منه على أن يكون هـذا الجـزء مـن العناصر التأسيسية في البناء، مثل المنافع العامة، وأعمال الأساسات، والهياكل، والمظلات؛ وإما تصنيع عنصر تجهيزي فيه، ويكون هذا العنصر التجهيزي قد صمم وأنشـأ للوفـاء بـأغراض خاصة بالعمل، وفقا لمواصفات موضوعة سلفا، مثل السخانات المركزيـة، وأجهـزة التكييـف المركزية، والمصاعد، وبشكل عام كل الآلات الميكانيكية والكهربائية التي يقوم المقاول بتثبيتهـا بحالتها التي سلمت إليه بها[1].

ويرى بعضهم أنه يستبعد من نطاق أحكام هـذه المسـؤولية صـناع المـواد الأوليـة المستخدمة في البناء دون تفرقة بين مواد خام ومواد نصف مصنعة، كالأسـلاك، والمواسـير، وغيرها؛ لأن هذه المواد على الرغم من استخدامها بعملية البناء، إلا أنها لا تصمم؛ لكـي تفـي بأغراض خاصة بالبناء وفقا لمواصفات دقيقة موضوعة سلفا، وإنما تنتج لكي تفـي بـأغراض متنوعة، وليست مقصورة على الأعمال المعمارية[2].

ويوافق الباحث الرأي أعلاه بشأن منتجات ليس لها أهمية كبيرة فـي موضـوع متانـة البناء، فمثلا لا يجوز أن يدخل في الاستثناء أعلاه قضبان التسليح الحديدية؛ لما له من أهمية في البناء.

وهناك شروط[1] لا بدّ من توافرها لخضوع الصانع لقواعد المسؤولية الخاصة بالتضامن مع المقاول؛ وفقا لنص المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي وهي:-

1. أن يكون الصانع هو الذي قام بتصميم المنتج بنفسه، بناء على مواصفات وأبعاد ونسـب عيَّنها، وأن يكون كذلك قد قدم المواد التي صنع منها المنتج، أمـا إذا كـان المهنـدس المعماري أو المشرف على العمل أو المقاول هو الذي قام بنفسه بتصميم المنتج، ووضع

---

[1] المرجع السابق، صفحة 506-508؛ ياقوت: مرجع سابق، فقرة 22، صفحة 59، 60.

[2] ياقوت: مرجع سابق، فقرة 22، صفحة 61، نقلا عن مالان فو وجستاز، فقرة 58، كوستا: **مسؤولية المعماريين**، صفحة 39.

[1] يس: مرجع سابق، صفحة512-519.

المواصفات، والأبعاد، والنسب المختلفة له، وقدم المواد من عنده؛ فإن الصانع لا يكــون مسؤولا بالتضامن مع المقاول، طبقا لأحكام المسؤولية الخاصة، وذلك لانعدام دوره في التصميم، وبفرض عدم خطئه في التنفيذ. فقد نصت المادة 4/1792 على ذلك في عبارة "...صممه وأنتجه وفقا لمواصفات دقيقة معينة سلفا...".

2. أن يكون المنتج مصمما ومنتجا؛ كي يفي بأغراض محددة ومعينة سلفا، فقد جــاء فــي النص عبارة "كل صانع لعمل، أو جزء من عمل، أو لعنصر مــن عناصــر التجهيــز، صممت وأنتجت لكي تفي بأغراض خاصة به وفقا لمواصفات معينة سلفا...".

3. أن يكون المقاول قد قام بتركيب المنتج دون أي تعديل فيه، فقد جاء في صريح المــادة 1792 ما يقضي بأن: "الصانع لعمل... يكون مسؤولا بالتضامن مع المقاول الذي قــام باستعمال هذا العمل أو الجزء من العمل أو العنصر التجهيزي دون إجــراء أي تعــديل عليها...".

4. أن يتم تركيب الشيء المنتج بالمطابقة للتعليمات التي يضعها الصانع نفسه، وقد جاء في المادة السابقة أيضا ما يقضي بأن: "الصانع لعمل... يكون مسؤولا بالتضامن مع المقاول الذي قام باستعمال هذا العمل أو الجزء من العمل أو العنصر التجهيزي طبقــا للقواعــد الموضوعة من قبل الصانع...".

فإذا توافرت هذه الشروط فإن الصانع يخضع لأحكام المسؤولية الخاصة المقررة بموجب المادة (1792) من القانون المدني الفرنسي، وإلا فإن الصانع يسأل وفقا للقواعــد العامــة فــي المسؤولية المدنية.

وأعتقد أن في تقرير هذه المسؤولية على الصانع أو المنتج ما يدفعه إلى تحسين إنتاجــه وصناعته وجودة عمله، حتى تتماشى مع مدة الضمان وهي عشر سنوات فتبقى محافظة علــى متانتها، وقوتها، ومن ثم سلامة البناء ومتانته.

رابعا: المستورد والموزع

تقضي المادة 4/1792 من القانون المدني الفرنسي بأنه "يكون في حكم الصانع بالنسبة لتطبيق أحكام المسؤولية الخاصة:

1. من يستورد عملا مصنوعا، أو جزءاً من عمل مصنوع، أو عنصراً من عناصر التجهيز في العمل مصنوعاً بالخارج.

2. الشخص الذي يقدم العمل المصنوع على أساس أنه من صنعه، وذلك بوضع اسمه، أو ماركته، أو أي علامة مميزة له عليه".

ويتبين من هذا النص أن المشرع أخضع للمسؤولية الخاصة كل من استورد عملا أو جزء من عمل أو عنصرا تجهيزيا فيه، يكون قد تم صنعه بالخارج. ومن يقدم مثل هذا المنتج على أنه من عمله، بأن يضع عليه اسمه، أو ماركته، أو أي علامة تدل عليه.

ويهدف المشرع من ذلك تقديم حماية أكبر لصاحب العمل، وبخاصة في حالة عدم التوصل إلى الصانع الحقيقي للسلعة؛ لكونه خارج بلد صاحب العمل، وكذلك قصد المشرع إلى الضغط على المستوردين والموزعين بتشديد مسؤوليتهم، حثّاً لهم على أن يستوردوا، أو يوزعوا سلعا سليمة خالية من العيوب التي تؤدي إلى أضرار جسيمة إذا ما استخدمت في المباني وتلحق الضرر بالأفراد، والاقتصاد الوطني[1].

ويلاحظ أن المشرع الفرنسي ذهب بعيداً في توسيع نطاق تطبيق أحكام المسؤولية الخاصة، وقدم لصاحب العمل مدىً واسعاً من الحماية القانونية في وجه أشخاص، لم يبرموا مع صاحب العمل عقد مقاولة، ويرتبطون مع المقاول بعقد بيع، وبذلك يقدم المشرع لصاحب العمل مسؤولا احتياطيا عن الصانع الحقيقي للمنتج في الحالات التي يتعذر على صاحب العمل الوصول إليه[2].

---

[1] يس: مرجع سابق، صفحة 536-537.

[2] ياقوت: مرجع سابق، فقرة 23، صفحة 67، نقلا عن مالان فو وجستاز: المرجع السابق، فقرة 167، صفحة 190.

خامسا: ممول العقار

تنص المادة (1/1831) من القانون المدني الفرنسي على أنه: "يلتـــزم ممـــول العقـــار بمقتضى عقد التمويل العقاري المبرم بينه وبين صاحب العمل، بأن يقوم في مقابل ثمن معـــين، وعن طريق إبرام عقود مقاولة، بتحقيق مشروع بناء لمبنى أو عدة مبانٍ، كما يقوم أيضا، بنفسه أو بواسطة الغير، نظير مقابل مادي معين بكل أو جزء من العمليات القانونية، الإدارية والمالية التي تساهم في تحقيق نفس الهدف، ويكون الممول العقاري ضامنا لتنفيذ الالتزامات الملقاه على عاتق الأشخاص الذين يتعامل معهم باسم صاحب العمل، ويكون على وجه الخصوص ملتزمـــا بالالتزامات الناتجة عن المواد (1792،3/2/1792) من القانون المدني الفرنسي[1]".

ويعرّف الممول العقاري بأنه "الشخص الذي يتولى – مقابل أجر متفق عليه – تحقيـــق العملية المعمارية، التي يعهد بها إليه من صاحب العمل، بمقتضى عقد التمويل العقاري، وذلـــك بالقيام بكل ما يتطلبه هذا التحقيق، من تمويل وإدارة وإبرام التصرفات القانونية اللازمـــة باســـم صاحب العمل، حتى يسلم العقار تاما، خاليا من العيوب[2]".

ويمارس الممول العقاري مهنته عن طريق إبرام تمويل عقاري مع صاحب العمل وعقد التمويل العقاري – كما يظهر في المادة السابقة – هو عقد مختلط يجمع بين أحكام عقد المقاولـــة والوكالة[3].

وقد يتولى ممول العقار بنفسه القيام بكل عمليات البناء أو جزء منهـــا، كمـــا لـــو كـــان مقاولا، أو مهندسا، أو فنيا متخصصا، وقد يكتفي بالتصرف باعتباره وكيلا عن صاحب العمل، ويسند مهمة تولي القيام بعمليات البناء إلى الغير، وفي كلتا الحالتين يكون مسؤولا تجاه صاحب

---

[1] ترجمة ياقوت: مرجع سابق، صفحة 70، هامش رقم 137.

[2] يس: مرجع سابق، صفحة 542.

[3] المرجع السابق، صفحة 543.

العمل استنادا لأحكام المسؤولية الخاصة، المنصوص عليها في المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي[1].

ولا بدّ من التوضيح أن جميع الأشخاص الذين تمت إضافتهم إلى هذه المســؤولية وَفْــقَ القانون الفرنسي، ليسو ملزمين بهذه المسؤولية، وفق التشريعين الأردني والمصري.

[1] ياقوت: مرجع سابق، فقرة 25، صفحة 70-71.

المبحث الثاني

نطاق مسؤولية المقاول والمهندس من حيث الأضرار

إن للمسؤولية الخاصة نطاقا محدودا على دائرة معينة من الأضرار، فهي لا تشمل كل الأضرار الناجمة عن أعمال البناء، وإنما تغطي الأضرار التي تصيب المباني والمنشآت الثابتة، وبشرط أن تكون هذه الأضرار خطيرة. وسأتناول ذلك في مطلبين الأول عن الضرر الذي يصيب المباني والمنشآت الثابتة، والثاني عن خطورة الضرر.

المطلب الأول: الأضرار التي تصيب المباني والمنشآت الثابتة.

تنص المادة 1/788 من القانون المدني الأردني على أنه: "إذا كان عقد المقاولة قائما على تقبل بناء يضع المهندس تصميمه على أن ينفذه المقاول تحت إشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل... فيما شيداه من مباني أو أقاماه من منشآت...". ويقابلها نص المادة 1/651 من القانون المدني المصري التي جاء فيها: "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى....".

يتضح من هذه النصوص أن هذه المسؤولية تختص بالأضرار التي تصيب المباني أو المنشآت الثابتة الأخرى وسأبحث هذين المفهومين كلاً في فرع مستقل.

الفرع الأول: المباني

إن دراسة هذا الفرع يتطلب تقسيمه إلى ثلاث مسائل، أولا تعريف المبنى المشمول بالحماية، وثانيا طبيعة الأعمال المتعلقة بالبناء التي تسري عليها أحكام المسؤولية الخاصة، وثالثا مدى خضوع العقارات بالتخصيص لهذه المسؤولية.

أولا: تعريف المبنى

لقد عرف الدكتور السنهوري المبنى بأنه: "مجموعة من المواد، أيا كان نوعها – خشباً، أو جبساً، أو حديداً، أو كل هذا معا، أو شيئا غير هذا – شيدتها يد إنسان، لتتصل بالأرض اتصال قرار[1]".

وعرفه الدكتور العطار بأنه: "كل شيء متماسك من صنع الإنسان، واتصل بالأرض اتصال قرار[2]".

كما عرفه يس بأنه: "كل عمل أقامته يد الإنسان، ثابت في حيزه من الأرض، متصلا بها اتصال قرار، عن طريق الربط، ربطا غير قابل للفك دون تعيب، بين مجموعة من المواد، أيا كان نوعها، جرت العادة على استعمالها في مثل هذا العمل، طبقا لمقتضيات الزمان والمكان[3]".

والاتصال بالأرض قد يكون مباشرة كالبناء على سطح الأرض، أو بعمل أساسات فيها، وقد يكون بطريق غير مباشر، كبناء حجرة، أو جدار في دور علوي متصل بالأدوار السفلى، ثم يتصل بالأرض اتصال قرار[4].

ويتضح مما سبق أن لا أهمية لنوع المواد المستخدمة في عملية البناء في مدى خضوعه لأحكام المسؤولية الخاصة، فقد يكون البناء مشيدا بالطوب، أو الحجارة، أو الخشب، أو غيرها من المواد[5]. وتطبيقا لذلك فقد قضى الاجتهاد بتطبيق قواعد المسؤولية الخاصة على العمل الوارد على مبنى تمّ بناؤه من الزجاج، لوضع نباتات، وأزهار داخله[6].

ولا يهمّ الغرض الذي انشىء المبنى من أجله حتى يكون خاضعا لأحكام المسؤولية الخاصة، فقد يستعمل للسكن، كالمنازل، والعمارات، أو لإيواء الحيوانات، أو الطيور، أو

---

[1] السنهوري: مرجع سابق، الجزء الأول، فقرة 714، صفحة 1213.

[2] العطار: مرجع سابق، صفحة 9.

[3] يس: مرجع سابق، صفحة 659.

[4] العطار: مرجع سابق، فقرة 3، صفحة 9.

[5] السنهوري: مرجع سابق الجزء السابع، فقرة 61، صفحة 107.

[6] تمييز مدني فرنسي، 1979/3/21، دالloz، 1979، صفحة 604، نقلا عن الحسيني: عبد اللطيف: **المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية**، دون طبعة، لبنان، الشركة العالمية للكتاب، بدون سنة نشر صفحة 262.

السيارات، كما قد يستعمل لأغراض تعليمية كالمدارس، أو صحية كالمستشفيات، أو ترويحية كالمسارح وإلى غير ذلك من الأبنية التي يحتاجها الإنسان في مختلف الأغراض[1].

كما لا يهمّ في تطبيق أحكام هذه المسؤولية على المباني الدور الذي يقوم به المقاول أو المهندس في إنشائها، سواء أتمّ ذلك بالأسلوب المعتاد من وضع التصميمات وعمل المقاسات اللازمة، ثم التنفيذ بمواد من عند المقاول، أو من عند صاحب العمل، أو اقتصر دور المقاول، أو المهندس عند مجرد التركيب والتثبيت بالأرض، كما هو الحال في المساكن مسبقة الصنع التي يتم تصنيعها خارج موقع العمل بمعرفة فنيين متخصصين، ثم يقوم المقاول بتركيبها وتثبيتها بموقع العمل على نحو يجعل من الصعب نقلها من مكانها دون إتلافها أو تهدمها[2].

والمهمُّ أن يكون البناء مستقرا ثابتا في مكانه، لا يمكن نقله دون هدمه، أو تلفه. أما إذا كان مما يمكن نقله من مكان إلى آخر بدون هدمه، أو تلفه كالأكشاك، والمنازل القابلة للفك، والتركيب، فلا يعدّ مبنى[3].

ويرى الباحث أن التقدم العلمي في الوقت الحاضر جعل بالإمكان نقل العمارات والمنازل من مكان إلى آخر دون هدمها أو تلفها، وعليه يمكن اعتبار المنازل القابلة للفك، والتركيب من قبيل المباني المقصودة بنص المادة 788 من القانون المدني الأردني بحسب الحالة، وهذا على خلاف الرأي الذي يقول بعدم ذلك.

ثانيا: طبيعة الأعمال المتعلقة بالبناء التي تسري عليها أحكام المسؤولية الخاصة.

لا يكفي أن تتعلق الأعمال التي يؤديها المقاول، أو المهندس بمنشآت ثابتة، أو بعقارات حتى تدخل المسؤولية الناشئة عنها في نطاق المسؤولية الخاصة، بل لا بدّ أن تدخل تلك الأعمال ضمن دائرة أعمال البناء والتشييد[1].

---

[1] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 61، صفحة 107.

[2] يس: مرجع سابق، صفحة 662؛ ياقوت: مرجع سابق، فقرة 32، صفحة 84.

[3] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 61، صفحة 107.

[1] ياقوت: مرجع سابق، فقرة 35، صفحة 92.

وهناك مفهومان لأعمال البناء والتشييد هما:

أولا: المفهوم الضيق، ويقتصر على أعمال البدء في تشييد المباني، والمنشآت الجديدة فقط.

ثانيا: المفهوم الواسع، ويشمل فضلا عن أعمال البناء، البدء في تشييد المباني، أو إقامة المنشآت الجديدة، أو أعمالا أخرى مثل: التعلية، والتعديل، والترميم، والتدعيم، والتجديد، والتوسعة، وإعادة تشييد المباني، أو المنشآت الموجودة من قبل[1].

وذهب رأي في الفقه المصري إلى الأخذ بالمفهوم الضيق لأعمال التشييد والبناء، بأن أحكام هذه المسؤولية الخاصة لا تسري إلا على العمليات الإنشائية الجديدة، أما الأعمال الأخرى فتحكمها القواعد العامة في المسؤولية العقدية[2].

ويأخذ غالبية الفقه المصري[3] والفرنسي[4] بالمفهوم الواسع لأعمال التشييد والبناء، ويرى أن أحكام هذه المسؤولية الخاصة تسري على أعمال التعلية، والتعديل، والإصلاحات الكبيرة، والتدعيم، والتجديد، والتوسيع وكذلك أعمال الترميمات اللازمة للمباني، والمنشآت بشرط أن تكون هذه الترميمات واقعة على الأجزاء الرئيسية للمبنى، وهي الأجزاء التي تعتمد عليها متانة المبنى وسلامته.

---

[1] يقصد بتعلية البناء: الزيادة والإضافة في عدد الطوابق على البناء القائم من قبل. ويقصد بتعديل البناء: تغيير معالمه، أو تغيير الغرض المعد من أجله بتحويله مثلا من مسكن إلى متجر أو شقة واحدة أو إلى عدة شقق مستقلة. ويقصد بترميم المبنى: الربط بين أجزاء البناء وإزالة الشروخ الموجودة فيه واستبدال الدروج المتداعية. ويقصد بتدعيم المبنى: تقوية البناء، مثل هدم جدار متصدع ثم إعادة بنائه من جديد بتقوية المبنى كله. ياقوت: مرجع سابق، فقرة 36، صفحة 93، هامش رقم (195، 196، 197، 198).

[2] سرور:مرجع سابق، فقرة 188، صفحة 212.

[3] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 61، صفحة 107، هامش رقم (2). شنب: مرجع سابق، فقرة 107، صفحة 126. يس: مرجع سابق، صفحة 665.

[4] يس: مرجع سابق، صفحة 666، نقلا عن بلانيول وريبير ورواست: **المطول في القانون المدني الفرنسي**، جزء 11، سنة 1954، صفحة 192.مازو وجيجلار: **دروس في القانون المدني الفرنسي**، الجزء 3، الطبعة الخامسة، سنة 1980، صفحة 803.

وبناء على ذلك يخرج من دائرة أعمال البناء والتشييد وفق المفهوم الواسع، أعمال الهدم، والصيانة البسيطة، وأعمال البياض والدهان، والزخرفة؛ لأن هذه الأعمال ليس من شأنها أن تهدد سلامة البناء أو متانته، فضلا عن أنها لا تعدّ من قبيل أعمال التشييد والبناء[1].

ثالثا: مدى خضوع العقارات بالتخصيص لأحكام المسؤولية الخاصة.

يعرف العقار بالتخصيص بأنه شيء منقول بطبيعته، ولكن اكتسب وصف العقار بحكم تخصيصه؛ لخدمة العقار واستغلاله[2].

ويرى الدكتور السنهوري أن العقار بالتخصيص لا يعدّ من المنشآت الثابتة إذ هو في طبيعته منقول غير ثابت، فيكون ضمانه وفقا للقواعد العامة، وقد استثنى من ذلك المصعد، على اعتبار أنه في حكم الثابت في مكانه؛ لأنه لا يتعدى دائرة محدودة في تحركه[3].

وهناك من قال بخضوع العقار بالتخصيص لأحكام هذه المسؤولية الخاصة متى رصد لخدمة العقار، وثبت به على نحو يجعله غير قابل للانفصال عنه دون تلف، أما إذا كان سهل الفك والانفصال عن البناء دون تلف؛ فإنه يعود إلى طبيعته المنقولة، وتخرج المسؤولية الناشئة عنه من نطاق المسؤولية الخاصة[4].

وأعتقد أن الرأي الأخير أولى بالإتباع لكون العقار بالتخصيص الذي لا يقبل الانفصال عن المبنى دون أن يسبب له تلف، قد أصبح من مكونات البناء نفسه، ولا بدّ من إخضاعه لأحكام هذه المسؤولية، ومن أمثلة ذلك المصاعد الكهربائية، وأجهزة التكييف، والتبريد، والتدفئة، وغيرها.

---

[1] شنب، مرجع سابق، فقرة 107، صفحة 126؛ السنهوري: مرجع سابق، فقرة 61، صفحة 107، هامش رقم (2). ياقوت: مرجع سابق، فقرة 37، صفحة 94-95.

[2] الزعبي، خالد والفضل، منذر: **المدخل إلى علم القانون**، الطبعة الثانية، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 1988، صفحة 274.

[3] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 61، صفحة 107، هامش رقم (1).

[4] ياقوت: مرجع سابق، فقرة 32، صفحة 85-86.

ولا بدّ من التوضيح أن مدى مسؤولية المقاول والمهندس عن العقار بالتخصيص مرتبطة بإمكانية الضرر الذي يمكن أن يحدثه هذا العقار بالتخصيص على الجمهور. فعلى سبيل المثال إذا وقع سخان ماء مثبت على سطح عمارة، فأصاب شخص من المارة، فإن ذلك يدخل بالتأكيد ضمن نطاق مسؤولية المقاول والمهندس التي تمتد عشر سنوات. بينما حدوث ثقب في مغسلة، لا يمكن أن نعتبر المقاول والمهندس مسؤولين عنه عشر سنوات، فالعقار بالتخصيص ليس على إطلاقه.

ويلاحظ أن المشرع الفرنسي في قانونه المدني رقم (12) لسنة 1978 قد وسع من نطاق الأعمال الخاضعة للمسؤولية الخاصة، لتشمل ما أسماه بعناصر التجهيز غير القابلة للانفصال، وهي ذاتها العقار بالتخصيص غير القابل للانفصال فقد قضت المادة 2/1792 بتطبيق أحكام المسؤولية الخاصة على "الأضرار التي تصيب متانة عناصر التجهيز في البناء، إذا كانت تلك العناصر تشكل جسما على نحو غير قابل للانفصال، مع أعمال المنافع العامة للمبنى، أو مع الأعمال المتعلقة بتأسيسه، أو بهيكله، أو بأسواره، أو بمظلاته،.....". المادة 2/1792 من القانون المدني الفرنسي.

أما العناصر التجهيزية الأخرى، ويقصد بها القابلة للانفصال عن العقار فقد استحدث لها المشرع الفرنسي ضمانا خاصا فقد نصت المادة 3/1792 على "عناصر التجهيز الأخرى في المبنى تكون محلا لضمان حسن أدائها لوظائفها لمدة سنتين على الأقل من تاريخ تقبل العمل". المادة 3/1792 من القانون المدني الفرنسي.

الفرع الثاني: المنشآت الثابتة

يقصد بالمنشآت الثابتة "كل عمل أقامته يد الإنسان، ثابتا في حيزه من الأرض متصلا بها اتصال قرار عن طريق الربط بين مجموعة من المواد – أيا كان نوعها – ربطا غير قابل للفك ييسر على الإنسان سبيل انتقاله، أو سبيل معاشه[1].

---

[1] يس: مرجع سابق، صفحة 681-682.

ولا تختلف المنشآت الثابتة عن المباني من حيث التكوين، فكلاهما قد يقام من الحديد أو الخشب، أو الاسمنت، أو الحجر، أو الطوب، أو خليط من هذا وذاك، كما لا يهم الغرض الذي أنشئ كلّ منهما من أجله، إلا أن الاختلاف بينهما ينصب على الوظيفة التي يؤديها كل منهما: فبينما تقتصر وظيفة البناء على إيواء الإنسان، أو الحيوانات، أو الطيور، أو النباتات، أو ما شابه، فإن المنشآت الثابتة الأخرى تمتد لتيسر على الإنسان سبيل انتقاله من مكان إلى آخر كالشوارع، والجسور، والمعابر، والمطارات، أو تيسر عليه سبيل معاشه كالسدود، والخزانات، وشق القنوات، أو الترع، أو المصارف، أو حفر الآبار، أو توفر له سبيل راحته كأرصفة محطات السكك الحديدية، والأنفاق والملاجئ[1].

وأخضع المشرع الأردني المنشآت الثابتة لأحكام المسؤولية الخاصة بالمقاول والمهندس، وجاء ذلك صريح نص المادة 1/788 من القانون المدني الأردني فقد جاء فيها "... كانا متضامنين في التعويض عما يحدث من تهدم كلي، أو جزئي فيما شيداه من مبانٍ، أو أقاماه من منشآت". ويلاحظ هنا أن المشرع الأردني أورد عبارة "أو أقاماه من منشآت" دون أن يتبعها بكلمة ثابتة على غرار ما فعلت التشريعات الأخرى، كالقانون المصري في المادة "651" والعراقي في المادة "870"، والمادة "744" من مشروع القانون المدني الفلسطيني. وهذا يعيب نص القانون الأردني، لكون شرط الثبات ركناً أساسيا لخضوع البناء والمنشآت على حد سواء لأحكام المسؤولية الخاصة كما أوردنا.

ومن المتفق عليه أن المنشآت الثابتة التي تقام فوق الأرض تخضع لأحكام المسؤولية الخاصة إلا أن الخلاف يثور على بعض الأعمال التي لا يتوافر فيها عنصر القيام، أي الارتفاع على سطح الأرض، سواءٌ أكانت في مستوى سطح الأرض كرصف الشوارع، وتعبيد الطرق، وإنشاء السكك الحديدية، وإنشاء الساحات والملاعب، أم في باطن الأرض كالمناجم، والأنفاق، وما شابه.

---

[1] المرجع السابق، صفحة 681-684.

فهناك من يرى بأن هذه الأعمال تخرج من نطاق سريان أحكام المسؤولية الخاصة بالمهندس والمقاول، بحجة أن نص المادة 651 يتحدث عن تشييد المباني أو إقامة المنشآت الثابتة، ولا يمكن إعتبار هذه الأعمال من قبيل تشييد المباني، ولا إقامة المنشآت الثابتة[1].

ويذهب غالبية الفقهاء إلى سريان أحكام المسؤولية الخاصة على هذه الأعمال، سواءٌ أأنشئت فوق الأرض، أم تحتها أم في مستواها[2]، فلا يتحتم في المنشآت أن تكون فوق الأرض، بل يصح أن تكون تحت الأرض، أو في مستواها[3].

وأميل إلى ما ذهبت إليه غالبية الفقهاء، فالمنشأة قد تكون فوق الأرض، أو تحتها، أو في مستواها، كما أن النص التشريعي نفسه لم يشترط أن تكون المنشأة مبنية فوق مستوى سطح الأرض.

المطلب الثاني: خطورة الأضرار التي تصيب المباني والمنشآت الثابتة

يشترط أن تكون الأضرار التي تصيب المباني والمنشآت الثابتة على درجة عالية من الخطورة وتؤدي إلى تهدم البناء كليا، أو جزئيا، أو حدوث عيب يهدد متانة البناء وسلامته.

ودراسة هذا المطلب تقتضي الحديث عن تهدم البناء، أو حدوث عيب يهدد سلامته ومتانته، ومن ثم دراسة أسباب تهدم البناء أو تعيبه.

الفرع الأول: تهدم البناء أو حدوث عيب يهدد متانته وسلامته

تنص المادة 1/788 من القانون المدني الأردني على أن المقاول والمهندس يضمنان لصاحب العمل "... ما يحدث من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان، أو أقاماه من منشآت، وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته"، ويقابلها نص المادة 1/651، 2 من القانون المدني المصري.

---

[1] شنب: مرجع سابق، فقرة 107، صفحة 126.

[2] مرسي: مرجع سابق، الجزء الرابع، فقرة 596، صفحة 499؛ السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 61، صفحة 108؛ ياقوت: مرجع سابق، فقرة 34، صفحة 89-90.

[3] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 61، صفحة 108.

ويقصد بالتهدم انحلال الرابطة التي تربط أجزاء البناء بعضها ببعض[1]، أو هي حالة تصيب البناء فتختل أجزاؤه المتماسكة، أو بعضها، وتؤول إلى وضع تصبح معه متفككة غير متماسكة، فتختل، وتتساقط، أو تؤول إلى السقوط فلا تقوى على البقاء قائمة[2]. والتهدم قد يكون كليا يصيب البناء فيتداعى، ويسقط، ولا يعود هناك بناء قائم، وقد يكون جزئيا فيصيب جزءا من البناء دون الأجزاء الأخرى[3].

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن "المقصود بالتهدم لا التهدم الكلي فحسب، وإنما هو يشمل سقوط أي قسم من البناء أو أي جزء داخل في تكوين أي عنصر ثابت أو غير ثابت في البناء وضع بشكل لا يقبل معه الانفصال عنه[4].

وتطبيقا لذلك يعدّ تهدما انهيار المنزل، أو سقوط السلم، أو انهيار الحائط، أو السقف، أو انفصال الشرفة في الأبنية، أو سقوط الجسر، أو انكسار السد، أو تشقق الأرصفة، أو انهيار الآبار، والمصارف، والقنوات، مما يكون المقاول، أو المهندس قد قام بإقامته[5].

ولا يشترط في التهدم الكلي، أو الجزئي أن يكون حالا وواقعا فعلا، وإنما يكفي أن يكون أمرا محقق الوقوع مستقبلا، كحدوث تشققات، وتصدعات في البناء تجعل من وقوع الهدم مستقبلا أمرا لا مفر منه[6].

ويعدّ في حكم التهدم حالة مخالفة المقاول أو المهندس القوانين والأنظمة الخاصة بالبناء كتجاوز الارتفاع المسموح به، أو عدم الالتزام بالارتدادات القانونية، مما يؤدي إلى إزالة الجزء المخالف للقانون والأنظمة[1].

---

[1] شنب: مرجع سابق، فقرة 107، صفحة 126.

[2] المومني: مرجع سابق، صفحة 228، 229.

[3] المرجع السابق، صفحة 229.

[4] نقض فرنسي في 19 مايو سنة 1953، دالوز 1953، صفحة 515، نقلا عن الدوري: مرجع سابق، صفحة 146.

[5] الدوري: مرجع سابق، صفحة 146.

[6] المرجع السابق، صفحة 146.

[1] مرسي: مرجع سابق، الجزء الرابع، فقرة 597، صفحة 499.

أما العيب فهو "نوع من الخلل يصيب البناء، ولكنه لا يرقى إلى حالـــة التهـــدم، ســـواء الجزئي أو الكلي، بل حالة يكون معها البناء على غير الحالة التي يقتضـــي أن يكـــون عليهـــا لاعتباره سليما ومتينا وملبيا لأغراض إنشائه[1]".

ويرى الفقه بأن ظهور عيب يهدد سلامة البناء ومتانته كاف لقيام المســـؤولية الخاصـــة للمقاول والمهندس، وأن ليس من الضروري لقيام هذه المسؤولية حدوث التهدم الكلي، أو الجزئي للبناء[2].

وعلى ذلك يجب أن يتوافر في العيب شرطان[3]:

الشرط الأول: أن يكون العيب خطراً يهدد سلامة البناء ومتانته. أما العيوب التي لا تهدد سلامة البناء، كعيوب الدهان، أو البياض، أو البلاط، أو الزجاج، أو غير ذلك، فـــلا تغطيهـــا قواعـــد المسؤولية الخاصة، وإنما تسري بشأنها أحكام القواعد العامة إلا إذا كانت خطيرة كمشكلة الدهان السرطاني، فهناك أنواع من الدهان قد تسبب الســـرطان فتـــدخل ضـــمن مســـؤولية المقـــاول والمهندس.

الشرط الثاني: أن يكون العيب خفيا، أما إذا كان العيب معلوما لصاحب العمل وقـــت المعاينـــة والقبول، أو كان ظاهرا في استطاعة صاحب العمل أن يكتشفه لو بذل في ذلك عناية الشـــخص المعتاد، فإن تسلم صاحب العمل للعمل دون اعتراض يعدّ نزولا منه عن الضمان ما لـــم يكـــن هناك غش[1].

وتنص المادة (744) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه "يضمن المهنـــدس والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي، أو جزئي فيما شيدوه من مبان، أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى...".

---

[1] المومني: مرجع سابق، صفحة 229.

[2] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة65، صفحة 113؛ شنب: مرجع سابق، فقرة 108، صفحة 126.

[3] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 65، صفحة 114- 115.

[1] شنب: مرجع سابق، فقرة 108، صفحة 127.

ويفهم من هذا النص أن مشروع القانون المدني الفلسطيني قد حصر مسؤولية المقاول والمهندس في حالة حدوث تهدم كلي، أو جزئي، فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة. وهذا يعني أن المقاول والمهندس لا يكونان مسؤولين إذا حدث عيب لا يرقى إلى درجة التهدم الكلي، أو الجزئي حتى إن كان يهدد سلامة البناء ومتانته. فلا نستطيع أن نسائل المقاول والمهندس إلا إذا حصل التهدم الجزئي أو الكلي. (المادة 744 من مشروع القانون المدني الفلسطيني).

ولكن المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني تذكر أن الضمان الذي تقرره هذه المادة ضمان من نوع خاص، وتتمثل خصوصيته في أنه لا ينحصر بالتهدم، وإنما يمتد كذلك إلى ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب، من شأنها أن تؤدي إلى تهدم المباني، وتهدد متانة البناء وسلامته[1].

ومع ذلك يرى الباحث ضرورة إضافة عبارة، "أو أي عيب يهدد متانة البناء وسلامته" إلى نص المادة 744 السابق ذكرها، حتى يكتمل المعنى مضموناً، ونصاً، وذلك أسوة بباقي التشريعات في توسيع المسؤولية، حماية لحقوق صاحب العمل، غير الخبير بأمور البناء، وحفاظا على المصلحة العامة.

ويتفق الفقه الفرنسي مع ما ذهب إليه الفقه المصري، والقانون الأردني من اعتبار التهدم الكلي، أو الجزئي، أو ظهور العيب الذي يهدد سلامة البناء ومتانته؛ من الأضرار الخطيرة التي تقوم بها المسؤولية الخاصة[1]، ولكن القانون الفرنسي أضاف إلى ذلك حالتين واعتبرهما بحكم الضرر الخطير وهما:

---

[1] أبو ملوح، موسى سلمان و قدادة، خليل أحمد: **المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني**، فلسطين، ديوان الفتوى والتشريع، سنة 2003، صفحة 786، 787.

[1] ياقوت: مرجع سابق، فقرة 47، صفحة 114، نقلا عن مازو: ج 3، فقرة 1368-3، صفحة 802. بلانيول وريبيرت ورواست: ج 11، فقرة 951: مالان فو وجستاز: مرجع سابق، فقرة 139، صفحة 164.

الحالة الأولى: المساس بمتانة عنصر تجهيزي غير قابل للانفصال

نصت المادة 2/1792 من القانون المدني الفرنسي على أن قرينة المسؤولية المقررة في المادة 1792 تمتد لتشمل "الأضرار التي تصيب متانة عناصر التجهيز في البناء، ولكن فقط إذا كانت تلك العناصر تشكل جسما على نحو غير قابل للانفصال مع أعمال المنافع العامة للمبنى، أو مع الأعمال المتعلقة بتأسيسه بهيكله، بأسواره أو بمظلاته".

وعلى الرغم من أن هذه الأضرار لا تعرض للخطر متانة البناء وسلامته، ولا متانة أحد أجزائه الأساسية، وإنما يقتصر أثرها على المساس بمتانة أحد عناصر البناء التجهيزية فقط، فإن النص جعلها في حكم الأضرار الخطيرة، وأخضعها للمسؤولية الخاصة، ولكن بشرط تحقق ثلاثة شروط[1]:

1. أن يكون العمل المشيد نفسه بناء بالمفهوم الضيق للكلمة، أي من المنشآت الثابتة التي هي من صنع الإنسان، وترتفع فوق سطح الأرض، ويستطيع الإنسان أن يتحرك بداخلها، وتوفر له حماية، ولو جزئية ضد المخاطر، والمؤثرات الطبيعية الخارجية[2].
2. أن يشكل العنصر التجهيزي الذي وقع عليه الضرر جسما على نحو لا يقبل الانفصال عن المبنى، وفكرة عدم قابلية الانفصال تتوافر كلما استحال تركيب العنصر، أو رفعه، أو استبداله دون تهدم أو تلف، فالعبرة بمدى اتصال العنصر التجهيزي المعيب بالمبنى.
3. أن يكون الضرر الذي أصاب العنصر التجهيزي على قدر من الخطورة، فيؤثر على متانة العنصر التجهيزي، وليس بالضرورة أن يكون له أثر على المبنى كله.

---

[1] ياقوت: مرجع سابق، فقرة 51، صفحة 125.

[2] وهذا يعني عدم انطباق النص على غير المباني من المنشآت الثابتة الأخرى، مثل الأنفاق والجسور والسدود والسكك الحديدية وغير ذلك من المنشآت بالمفهوم الواسع، ياقوت: مرجع سابق، فقرة 51، صفحة 126، نقلا عن مالان فو وجستاز: مرجع سابق، فقرة 136، صفحة 161.

الحالة الثانية: عدم صلاحية العمل للغرض الذي أنشىء من أجله

نصت المادة 1792 على أن الضرر يعدّ خطيراً، إذا أصاب العمل "في أحد عناصره التأسيسية أو في أحد عناصره التجهيزية، التي يترتب عليها أن يصير العمل غير صالح للغرض الذي شيد من أجله".

ويتفق هذا الحكم مع ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في بعض أحكامه من حيث الاكتفاء بالمساس بالصلاحية للغرض، وعدم التمسك بشرط تهديد المتانة والسلامة[1]. كما يعد تقنينا لما جرت عليه محكمة النقض الفرنسية من أحكام[2].

وتخضع فكرة تحديد عدم صلاحية العمل للغرض الذي شيد من أجله للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، مع العلم أنّ هذه المسألة تتحدد بمعيار شخصي يختلف من قضية إلى أخرى ومن مقاولة إلى أخرى، وذلك لأن الأغراض من المنشآت تختلف طبقا لنوع المنشأة، والهدف من إنشائها، وتختلف أيضا تبعا للأشخاص، والظروف الجوية السائدة[3].

الفرع الثاني: أسباب تهدم البناء أو تعيبه

قد يرجع التهدم، أو العيب الذي يؤثر على سلامة البناء ومتانته إلى سبب يعود إلى المواد المستخدمة في البناء، كأن تكون غير صالحة، أو مخالفة للمواصفات، والشروط المتفق عليها، أو تكون من نوع رديء، لا تسمح به أصول الصنعة[4].

وقد يرجع سبب التهدم، أو العيب إلى عملية التشييد والبناء نفسها، كأن يقع العيب في التأسيس، وذلك بوضع الأساس على تربة مخلخلة، أو عدم إرساء القواعد على أرضيات صلبة،

---

[1] حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1971/5/7م، لسنة 1971، صفحة 346 (الخلل في أحكام العزل المائي)، نقلا عن ياقوت: مرجع سابق، فقرة 52، صفحة 129، هامش رقم (300).

[2] نقض مدني فرنسي 1976/4/13 ج. ك. ب، سنة 1976- 4 صفحة 189 (عدم صلاحية العقار للغرض نظرا لسوء تشغيل أحد الأفران المقامة في المخبز). ونقض مدني فرنسي 1978/6/14 بولتان، سنة 1978، صفحة 185 (عدم صلاحية المسكن للسكن فيه نظرا للتدفئة المبالغ فيها)، نقلا عن ياقوت: مرجع سابق، فقرة 52، صفحة 129، هامش رقم (301).

[3] ياقوت: مرجع سابق، فقرة 52، صفحة 130.

[4] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 65، صفحة 113.

أو تكون الحيطان، أو الأسقف، أو الأرضيات، ليست في السمك الواجب، أو أن يكون قد وقع في تشييدها خلل[1]، أو تكون النسب المستخدمة غير كافية، فتقل نسبة الإسمنت في الخلطة، أو نسبة الحديد في الخرسانة، والجسور، والقواعد، والجدران عن النسب الصحيحة[2].

وقد يكون العيب راجعا للأرض التي أقيم عليها البناء، كما لو كانت الأرض هشة، وبها مستنقعات، وغير صالحة بسبب طبيعتها الجيولوجية، أو التكوينية[3]. ونظراً لأهمية هذا السبب ولجوء المقاول، أو المهندس لاستخدامه ذريعة للتهرب من المسؤولية، فإن المشرع الأردني في المادة 2/788 حسم الأمر بتحقق مسؤولية المقاول والمهندس، حتى لو كان الخلل، أو التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها، وهذا ما أخذت به أيضا المادة 1/651 من القانون المدني المصري، والمادة 1792 من القانون المدني الفرنسي.

وتطبيقا لذلك فقد قضت محكمة التمييز الأردنية: " بأن التزام المقاول بضمان ما تولد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة سواء كان هذا بتعديه أو بتقصيره يظل قائما خلال عشر سنوات تبدأ من وقت تسليم العمل حتى لو كان الخلل أو التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها أو رضي صاحب العمل بإقامة المنشآت المعيبة[4]".

وقد يكون العيب أو التهدم راجعا إلى عيب في التصميم، والتصميم يضعه عادة المهندس المعماري، ولكن يمكن أن يضعه شخص آخر. وعيوب التصميم، إما أن ترجع إلى خطأ في أصول الهندسة المعمارية، كأن يكون من وضع التصميم، لا تتوافر فيه الكفاية الفنية، أو لا يبذل العناية الكافية، فيجيء التصميم معيباً، وإما أن ترجع عيوب التصميم إلى مخالفة قوانين البناء ولوائحه، كأن يتم البناء على رقعة من الأرض أكبر مما تسمح به القوانين والنظم، أو تجاوز الارتفاع المسموح به قانوناً، أو عدم الالتزام بالارتدادات القانونية[5].

---

[1] المرجع السابق، الجزء السابع،، فقرة 65، صفحة 113؛ المومني: مرجع سابق، صفحة 232.

[2] المومني: مرجع سابق، صفحة 232.

[3] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 65، صفحة 113، 114.

[4] تمييز حقوق 99/236 صفحة 1673/ 2000، منشور في *مجموعة المبادئ القانونية* الصادرة عن محكمة التمييز الأردنية من بداية سنة 1951 إلى نهاية سنة 2000 (CD)، عمان، سنة 2000.

[5] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 66، صفحة 119؛ العمروسي: مرجع سابق، صفحة 47.

المطلب الثالث: نطاق مسؤولية المقاول والمهندس من حيث المدة

إن المسؤولية الخاصة لا تغطي إلا الأضرار التي تحدث خلال المدة القانونية للضمان، وقد حدد القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي هذه المدة بعشر سنوات. ومن الأهمية أن ندرس هذه المدة، وأن نحدد تاريخ بدء سريان هذه المدة، وطبيعتها القانونية، لما يترتب على ذلك من أحكام مهمة.

الفرع الأول: مدة الضمان الخاص

اختلفت التشريعات المدنية حول تحديد المدة التي يبقى خلالها المقاول والمهندس ضامنين للتهدم، أو التعيب الذي قد يظهر في المباني، أو المنشآت الثابتة بعد تسليمها لصاحب العمل. فاتجه كثير من التشريعات إلى تحديدها بعشر سنوات، كالقانون المدني الأردني في المادة (788)، والمصري (651)، والفرنسي في المادة (1792)، وكذلك مشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة (744).

واتجه بعض التشريعات إلى تحديد هذه المدة بخمس سنوات فقط، كما فعل المشرع العراقي في المادة (870) قبل تعديلها[1]، والمشرع اللبناني في المادة (668) التي تنص على "أن المهندس أو مهندس البناء أو المقاول..... يكونون مسؤولين في مدة السنوات الخمس التي تلي إتمام البناء....". (المادة 668) من تقنين الموجبات والعقود اللبناني).

ويرى الباحث أن مدة خمس السنوات غير كافية؛ لاختبار متانة البناء وصلابته، وبخاصة بعد تطور عمليات البناء وتعقدها، وهذا ما دفع المشرع العراقي إلى زيادة المدة إلى عشر سنوات؛ وذلك لأهمية البناء، والمنشآت الثابتة، وحماية صاحب العمل ودفع المقاول، والمهندس إلى بذل أقصى الجهود، والإمكانات، ليكون البناء قويا، ومتيناً.

---

[1] كانت المادة 870 من **القانون المدني العراقي** قبل تعديلها تجعل مدة الضمان خمس سنوات ثم تدخل المشرع العراقي بموجب قانون رقم (48) لسنة 1973 ليجعلها عشر سنوات، الفضلي: مرجع سابق، صفحة 397.

الفرع الثاني: بدء سريان مدة الضمان الخاص

تنص المادة 3/788 من القانون المدني الأردني على أنه: "تبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل". وتقابلها المادة 3/651 من القانون المدني المصري، والمادة 2/744 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

ويرى الفقه المصري والفرنسي[1] أن المقصود بكلمة تسلم العمل هو قبول العمل، أو تقبل العمل، بمعنى إقرار صاحب العمل ما قام به المقاول والمهندس من عمل بعد معاينته، واعترافه بأنه قد تم صحيحا مطابقا لما هو متفق عليه، ولما توجبه الأصول الفنية.

وقد جاء في القانون المدني الفرنسي أن المقصود بالتقبل في هذا القانون "التصرف الذي يعلن فيه صاحب العمل أنه قد قبل العمل، سواء بتحفظ أبداه أو بدون تحفظ...". (المادة 6/1792 من القانون المدني الفرنسي).

وفي العادة يتم تحرير محضر لقبول العمل، وتسري المدة من تاريخ تحرير هذا المحضر، فإذا لم يحرر محضر، وأمكن استخلاص القبول ضمناً من تسلم صاحب العمل للبناء دون إبداء أي تحفظ، فإن المدة تحسب من تاريخ هذا الاستلام، فإذا لم يثبت تاريخ شغل صاحب العمل للمكان، فإن المدة تبدأ من تاريخ تسوية الحساب مع المقاول، سواء أقام صاحب العمل بتسوية الحساب بنفسه، أم أناب عنه شخصا آخر[2].

ويلتزم صاحب العمل بالتسلم متى تم الإنجاز، وفقا للشروط والمواصفات المتفق عليها[3]، وإذا امتنع عن ذلك دون سبب مشروع، فإن العمل يكون في حكم المسلم له بعد إعذاره رسميا

---

[1] شنب: مرجع سابق، فقرة 109، صفحة 129؛ السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 59 صفحة 99 – 100؛ ياقوت: مرجع سابق: فقرة 61، صفحة 148 – 149، نقلا عن مالان فو وجستاز: مرجع سابق، فقرة 142، صفحة 167، بلانيول وريبرت ورواست: مرجع سابق: ج 11، فقرة 958، صفحة 204.

[2] شنب: مرجع سابق، فقرة 109، صفحة 129.

[3] المومني: مرجع سابق، صفحة 257.

لتسلمه، وتبدأ مدة الضمان بالسريان من تاريخ الإعذار[1]. ويعدّ العمل في حكم المسلم في حالات أخرى منها جعل صاحب العمل البناء تحت تصرف المقاول على سبيل الإيجار، أو تخويله بإدارته.

وكثيرا ما يتم الاتفاق على أن يتم استلام العمل على مرحلتين؛ مرحلة يكون الاستلام فيها مؤقتا، وتستمر فترة معينة، والأخرى يصبح الاستلام فيها نهائيا، ويقصد من الاستلام المؤقت تمكين صاحب العمل من معاينة البناء معاينة دقيقة، تسمح له بالتأكد من مطابقته لما هو متفق عليه، إذ توجد عيوب لا يمكن اكتشافها إلا باستعمال البناء[2].

وحريٌ بالذكر أن الاستلام المؤقت لا يعني قبول صاحب العمل البناء، ولذلك فإن مدة عشر السنوات لا تبدأ من تاريخ الاستلام المؤقت، وإنما من تاريخ الاستلام النهائي، بشرط أن يفيد القبول النهائي[3]، إذ إنّ صاحب العمل قد يبدي بعض التحفظات على الأعمال بعد استلامها، فلا تسري المدة عندئذ إلا بعد إجابة هذه التحفظات، وحصول القبول النهائي[4].

ولم يأخذ القانون الفرنسي بمثل هذا الحكم، فنصت المادة (2270) من القانون المدني الفرنسي على أن: "كل شخص طبيعي أو معنوي تنعقد مسؤوليته طبقا للمواد 1792 إلى 4/1792 يتحلل من المسؤوليات والضمانات الواقعة عليه من تاريخ تقبل الأعمال"، كما تضيف المادة 6/1792 من ذات القانون على "أن التقبل يقصد به التصرف الذي يعلن فيه صاحب العمل أنه قد قبل العمل سواء بتحفظ أبداه أو بدون تحفظ". فالعبرة في بدء سريان مدة الضمان الخاص

---

[1] شنب: مرجع سابق، فقرة 109، صفحة 130. وتنص المادة (792) من **القانون المدني الأردني** على أنه: "يلتزم صاحب العمل بتسلم ما تم من العمل متى أنجزه المقاول ووضعه تحت تصرفه فإذا امتنع بغير سبب مشروع رغم دعوته إلى ذلك وتلف في يد المقاول أو تعيب دون تعديه أو تقصيره فلا ضمان عليه" كما تنص المادة (655) من **القانون المدني المصري** على أنه: "متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف صاحب العمل وجب على هذا أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب الجاري في المعاملات، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي اعتبر أن العمل قد سلم إليه".

[2] شنب: مرجع سابق، فقرة 109، صفحة 130؛ ياقوت: مرجع سابق، فقرة 62، صفحة 156 –157.

[3] شنب: مرجع سابق، فقرة 109، صفحة 130؛ السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 67، صفحة 122.

[4] ياقوت: مرجع سابق، فقرة 62، صفحة 157.

بتاريخ التقبل دون تفرقة بين تقبل مؤقت، وتقبل نهائي، ولا بين تقبل مقترن بتحفظات، أو غير مقترن[1].

وإذا تمّ قبول الأعمال على دفعات، فيجب أن نفرق بين المباني، أو المنشآت التي لا يمكن تجزئتها؛ لارتباط بعضها ببعض من ناحية الصلابة والمتانة، فلا تبدأ مدة الضمان فيها إلا من تاريخ قبول الدفعة الأخيرة، أما إذا أمكن تجزئة المباني، أو المنشآت، والفصل بين ما تم قبوله في كل دفعة، فإن مدة الضمان تبدأ من يوم قبول كل جزء على حدا بالنسبة لهذا الجزء[2].

وقد يحصل تهدم أو يظهر عيب في البناء خلال مدة الضمان القانونية، ويدعو ذلك إلى قيام المقاول بمقتضى مسؤوليته بإعادة البناء المتهدم، أو إصلاح العيب، فإن مدة عشر سنوات جديدة تبدأ بالنسبة إلى أعمال الإصلاح الجديدة من تاريخ تسلم هذه الأعمال[3].

وهناك من يرى بأن هذا الرأي على إطلاقه محل نظر[4]، فلا بدّ من التمييز بين حالتين: الأولى أن يتفق صاحب العمل مع مقاول أو مهندس على إعادة بناء ما تهدم، أو إصلاح ما ظهر من عيوب في بناء شيده غيرهما، فعندئذ تبدأ مدة ضمان جديدة بالنسبة لهذه الأعمال من تاريخ استلام صاحب العمل لها، على اعتبار أن هذا عقد مقاولة جديد، تتوافر فيه شروط المسؤولية الخاصة كافة.

أما الحالة الثانية فهي قيام كل من المقاول والمهندس بإعادة البناء المتهدم، أو إصلاح ما يظهر فيه من عيوب بسبب قيامهما بتشييده طبقا لمسؤوليتهما القانونية، فعندئذ ليس من المقبول قانوناً أن يبقى المقاول، أو المهندس مسؤولين عن التهدم والعيب مدة تزيد عن المدة القانونية، وهي عشر سنوات[5]. ولكن إذا تعذر التمييز بين الأعمال الأصلية، وأعمال الإصلاح، فإن مدة الضمان تبدأ من تاريخ إتمام الأعمال الجديدة[6].

---

[1] ياقوت: مرجع سابق، فقرة 62، صفحة 157- 158.

[2] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 67، صفحة 122؛ شنب: مرجع سابق، فقرة 109، صفحة 130.

[3] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 67، صفحة 122، هامش رقم (3).

[4] الدوري: مرجع سابق، صفحة 86.

[5] المرجع السابق، صفحة 87.

[6] هناك قرار محكمة نقض فرنسي بهذا المعنى، السرحان: مرجع سابق، صفحة 62.

وأميل إلى ما قال به الأستاذ الدوري، إذ إن القانون قد حدد مدة الضمان بعشر سنوات، من وقت تسلم العمل، وقبول صاحب العمل له، فضلاً عن أنه إذا تعددت الإصلاحات فسوف نكون أمام مدة طويلة، قد لا يعرف أمدها، وفي ذلك تحميل للنص أكثر مما يحتمل، وتشديد كبير على فئة المقاولين.

وإذا انقضت مدة الضمان القانونية ولم يحدث خلالها عيب يهدد سلامة البناء ومتانته، فإن مسؤولية المقاول والمهندس الخاصة تنقضي، ولا عبرة لأي عيب، أو خلل يحدث بعد انقضائها، ولو ثبت خطأهما، أو كان ذلك راجعا إلى مخالفة عمدية للشروط، والمواصفات المتفق عليها[1].

ولكن إذا استعمل المقاول طرقا احتيالية لحمل صاحب العمل على قبول بناء غير مطابق للمواصفات المتفق عليها، فإن هذا القبول يكون باطلا، وعليه يمكن لصاحب العمل الرجوع بالضمان، ولو لم يقع التهدم، أو ينكشف إلا بعد مضي مدة الضمان[2].

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لمدة الضمان الخاص

يتفق الفقه المصري[3]، والقضاء الفرنسي[4] على أن مدة الضمان الخاص هي مدة اختبار لمتانة البناء، وصلابته، وسلامته، وليست مدة تقادم. ولا أدل على ذلك من ورود مدة تقادم في المادة 654 من القانون المدني المصري، فقد جاء فيها: "تسقط دعاوى الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم، أو انكشاف العيب".

---

[1] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 67، صفحة 122؛ شنب: مرجع سابق، فقرة 110، صفحة 131؛ السرحان: مرجع سابق، صفحة 62.

[2] شنب: مرجع سابق، فقرة 110، صفحة 131؛ السرحان: مرجع سابق، صفحة 62.

[3] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 67، صفحة 123؛ مرسي: مرجع سابق، الجزء الرابع، فقرة 602، صفحة 508؛ شنب: مرجع سابق، فقرة 109، صفحة 129؛ ياقوت: مرجع سابق، فقرة 68، صفحة 164 – 165.

[4] الهافر الجزائية 4 مارس 1922، نانسي 15 ديسمبر 1922، اكسي 14 مارس 1927، بودري 5 مايو 1928، باريس 15 ديسمبر 128 – داللوز الدوري 1930 – 2– 161 – تعليق مينفيل، مدني 16 اكتوبر 1931 – داللوز 1931–– 569، باريس 16 ديسمبر 1953 داللوز 1954 – 80، مدني 14 نوفمبر 1956 داللوز 1957 – 41 قسم الأحكام المختصرة، نقلا عن شنب: مرجع سابق، فقرة 109، صفحة 129، هامش رقم (2).

وكذلك الأمر في القانون المدني الأردني إذ تعدُّ هذه المدة مـــدة اختبـــار لمتانـــة البنـــاء وصلابته، وقد نصت المادة (791) من القانون المدني الأردني على مدة أخرى للتقـــادم فجـــاء فيها: "لا تسمع دعوى الضمان بعد انقضاء سنة على حصول التهدم أو اكتشاف العيب".

ويترتب على كون مدة الضمان الخاص مدة اختبار، وليس مدة تقادم، أنه يجوز الاتفـــاق على إطالتها، ولا تكون عرضة لأن توقف، أو تنقطع، ولو وجد مانع يتعذر معه على صـــاحب العمل أن يطالب بحقه في الضمان، كأن يكون غير كامل الأهلية، أو غائبا، أو محكومـــاً عليـــه بعقوبة جنائية، وليس له نائب يمثله قانوناً[1].

وبما أنه يجوز الاتفاق بين صاحب العمل والمقاول على إطالة مدة الضـــمان الخـــاص، فيحق لصاحب العمل أن يشترط أن تكون مدة الضمان خمسة عشر عامـــاً، لأن الممنـــوع هـــو الإعفاء، أو الحد من الضمان لا التشديد فيه، فقد تكون المنشآت، والمباني بحاجة إلى مدة أطول من عشر سنوات، نظراً لجسامتها، ودقة العمل فيها[2].

---

[1] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 67، صفحة 123. شنب: مرجع سابق، فقرة 109، صفحة 129. مرسي: مرجع سابق، الجزء الرابع، فقرة 603، صفحة 508. وقد قضى بأنه إذا صدر أمر عال بإيقاف مدة التقادم بسبب الحرب، فلا يسري هذا الأمر على مدة ضمان المهندس المعماري والمقاول، لأن الشارع جعل مدة السنوات العشر أجلاً تمتد فيـــه مسؤولية المهندس والمقاول، ومدة الحرب ليس لها تأثير مطلقاً في هذا الأجل لأن الزمن يجري بطبيعته، فلا يـــؤثر فـــي أصل المسؤولية وجودا أو عدما. فمدة العشر سنوات التي نص عليها القانون ليست من قبيل أحوال التقادم، وإنما هي مهلة ضربها الشارع لانتهاء أجل الضمان: محكمة نامور ببلجيكا 30 نوفمبر، سنة1922، المحاماة 5 رقـــم 17 صـــفحة 175، نقلاً عن السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 67، صفحة 123، هامش رقم (3).

[2] ياقوت: مرجع سابق، فقرة 68، صفحة 165 – 166.

الفصل الثالث

أحكام مسؤولية المقاول والمهندس

بعد أن درسنا الطبيعة القانونية لمسؤولية المقاول والمهندس وحددنا نطاقها مـــن حيـــث الأشخاص والأضرار والمدة، نختم هذا البحث بدراسة أحكام هذه المسؤولية على النحو التالي:

المبحث الأول

جزاء مسؤولية المقاول والمهندس

يترتب على قيام مسؤولية المقاول والمهندس وفقا للقواعد الخاصة، تعـــويض صـــاحب العمل عن الضرر الذي لحق به جراء تهدم البناء، أو ظهور العيوب التي تهدد ســـلامته البنـــاء ومتانة[1].

وسوف ندرس في هذا المبحث أنواع تعويض الضرر، ومدى التعويض الـــذي يســـتحقه صاحب العمل في مطلبين.

المطلب الأول: أنواع التعويض

إن الطريقة المثالية لتعويض الضرر هي إزالته ومحوه متى كان ذلـــك ممكنـــاً، ليعـــود المتضرر إلى نفس الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر، وهذا هو التعويض العيني، ولكـــن إذا استحال تعويض الضرر عينياً، فلا سبيل أمام المحكمة إلا أن تلجأ إلـــى طريقـــة التعـــويض بمقابل[2]. وسندرس فيما يلي التعويض العيني، ثم التعويض بمقابل في فرعين.

---

[1] شنب: مرجع سابق، فقرة 122، صفحة 146– 147. هذا وقد تكون طبعاً على المقاول والمهندس مسؤولية جزائيـــة إذا وقع ضرر بالأرواح سبب مثلاً موت أحد الأشخاص أو جرحه.

[2] نصر، محمد: **الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر**، بدون طبعة، بدون دار نشر، بدون مكان نشر، سنة 1978، صفحة 148.

الفرع الأول: التعويض العيني[1]

يقصد بالتعويض العيني إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، فيطلب من المقاول أو المهندس إعادة بناء ما تهدم من المباني، أو إصلاح العيوب التي تظهر فيها، ويعدّ التعويض العيني أفضل من التعويض بمقابل؛ ذلك أنه يؤدي إلى محو الضرر وإزالته[2].

والتعويض العيني هو الأصل. فإذا لم يقم كل من المقاول والمهندس اختياريا بإصلاح الضرر، فإن لصاحب العمل اللجوء للقضاء للحصول على حقه بالطلب من المحكمة الحكم له على المقاول والمهندس بالتعويض العيني. ومن الطبيعي أن صاحب العمل يفضل طريقة التعويض العيني، أي قيام المقاول والمهندس بإعادة ما تهدم، وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر[3].

وبما أن التعويض العيني ما هو إلا تنفيذ عيني للالتزام، ولكن بعد أن يكون المقاول والمهندس قد أخلا به، فإن المحكمة تتقيد عند اجبارها لهما بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر بنص المادة (355) من القانون المدني الأردني[4]، وبذلك يجب إتباع الشروط التالية:

---

[1] قد يتشابه تعبير التنفيذ العيني مع التعويض العيني إلا أن الأول يكون قبل وقوع الإخلال بالالتزام فيكون هناك تنفيذ عيني للالتزام عن طريق عدم الإخلال به، والثاني بعد وقوع الإخلال بالالتزام فإزالة المخالفة تكون هي التعويض العيني، وقد استخدمنا هنا تعبير التعويض العيني من باب القياس على التنفيذ العيني، السنهوري: مرجع سابق، الجزء الثاني، فقرة 440، صفحة 798.

[2] نصر: مرجع سابق، صفحة 149.

[3] الصدة: مرجع سابق، فقرة 496، صفحة 625.

[4] تنص المادة (355) من **القانون المدني الأردني** على ما يلي:

" 1. يجبر المدين بعد إعذاره على تنفيذ ما إلتزمه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكناً.

2. على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز للمحكمة بناء على طلب المدين أن يقتصر حق الدائن على اقتضاء عوض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً ".

أولا: الإعذار المسبق

لقد اشترط القانون المدني الأردني الإعذار المسبق في حالتي التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (355) في حالة التنفيذ العيني، والمادة (361) في حالة التنفيذ بطريق التعويض[1].

ويصح أن يكون الإعذار عن طريق كاتب العدل، كما يصح أن يكون بطريق البريد المسجل، أو بأية طريقة أخرى تحقق الغرض المقصود[2]. كما يجوز أن يتفق الطرفان على إعتبار المدين معذراً بمجرد حلول الأجل، دون حاجة إلى أي إجراء آخر[3].

ثانياً: أن يكون التنفيذ العيني ممكناً

يستطيع صاحب العمل أن يطلب من المحكمة إلزام المقاول أو المهندس بإعادة بناء ما تهدم من المباني، أو إصلاح العيوب التي تظهر فيها إذا كان ذلك ممكنا، أما إذا استحالت إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، فإن التنفيذ العيني يصبح غير مجد، ولا مناص من اللجوء إلى التعويض بمقابل، وهذا هو بشرط عدم رجوع الاستحالة إلى سبب أجنبي لا يد للمقاول، أو المهندس فيه، وإلا فإن مسؤوليتهما تنتفي أصلاً، ولا يحق لصاحب العمل الرجوع عليهما بشيء[4]. (المادة 1/355 من القانون المدني الأردني).

ثالثا: أن لا يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمقاول أو المهندس، أو كان فيه إرهاق، ولكن العدول عنه يسبب ضررا جسيما لصاحب العمل.

---

[1] تنص المادة (361) من **القانون المدني الأردني** على أنه " لا يستحق الضمان إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك في القانون أو في العقد".

[2] تمييز حقوق رقم 88/882، **مجلة نقابة المحاميين**، صفحة 1753، سنة 1990 حيث جاء به: " أن الضمان لا يستحق إلا بعد إعذار المدين ويصح أن يكون الإعذار بواسطة كاتب العدل أو بطريق البريد المسجل أو بأية طريقة أخرى تحقق الغرض المقصود وهو تنبيه المدين إلى أن الدائن غير متهاون في حقه بالتنفيذ عملاً بالمادة 361 من القانون المدني ".

[3] **المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني**، الجزء الأول، صفحة 398.(إعداد المكتب الفني في نقابة المحاميين 1985).

[4] عامر، حسين: **المسؤولية المدنية**، الطبعة الأولى، القاهرة، مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية، سنة 1956،صفحة 530.

وتنص المادة 2/355 من القانون المدني الأردني: "على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز للمحكمة، بناء على طلب المدين، أن يقتصر حق الدائن على اقتضاء عوض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً ".

ويلاحظ من خلال نص المادة السابقة أن هناك موازنة بين مصالح الطرفين، فإن كانت إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر تؤدي إلى إرهاق المقاول والمهندس، فللمحكمة أن تحكم بالتعويض النقدي بناء على طلب المقاول أو المهندس، وذلك بشرط أن لا يلحق بصاحب العمل ضرر جسيم.

ومدى الإرهاق أو الضرر الجسيم من مسائل الواقع التي تدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع[1]. فإذا رأى القاضي أن التنفيذ العيني ممكناً، ولكنه يحمل المقاول والمهندس نفقات ومخاسر كبيرة تفوق كثيرا الضرر الذي قد يلحق بصاحب العمل، فلا محل لإجبار المقاول أو المهندس على التنفيذ العيني، كأن يقتضي إصلاح العيب الذي يوجد في البناء هدم جزء كبير منه يكلف نفقات جسيمة، لا تتناسب مع الضرر الناتج عن هذا العيب.

أما إذا رأى القاضي أن الحكم بالتعويض النقدي بدلا من التنفيذ العيني يلحق بصاحب العمل ضرراً جسيماً يعادل إرهاق المقاول، أو المهندس، أو يزيد عنه، فإن المصلحة الواجبة الحماية هي حق صاحب العمل في طلب التنفيذ العيني، لأن صاحب العمل هو المتضرر، والأولى بالحماية[2].

الفرع الثاني: التعويض بمقابل

يعدّ التعويض بمقابل طريق من طرق جبر الضرر الذي يصيب صاحب العمل جراء تهدم المباني، والمنشآت الثابتة، أو تعيبها، ولا يلجأ إليه إلا في الحالات التالية[3]:

---

[1] الفار: مرجع سابق، صفحة 59.

[2] السنهوري: مرجع سابق، الجزء الثاني، فقرة 410، صفحة 764- 765.

[3] الفار: مرجع سابق، صفحة 68.

1. إذا استحال التنفيذ العيني بخطأ المقاول أو المهندس.

2. إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمقاول أو المهندس، ولا ينطوي العدول عنه إلى التعويض على ضرر جسيم يصيب صاحب العمل.

3. إذا كان التنفيذ العيني يقتضي تدخّل المقاول أو المهندس شخصياً، ولم تُجْدِ وسائل التهديد المالي في إجبارهما عليه.

4. إذا كان التنفيذ العيني ممكناً تحقيقه، ولكن صاحب العمل لم يطلبه، ولم يعرضه المقاول أو المهندس.

والتعويض بمقابل إما أن يكون تعويضاً نقدياً و إمّا غير نقدي. وندرس فيما هو آتٍ:

أولا: التعويض النقدي

وهو التعويض الذي يقدر بمبلغ من النقود، وهو الطريق الشائع، بل هو الأصل في التعويض بمقابل[1]. ويتعين على المحكمة في جميع الأحوال التي يتعذر فيها التعويض العيني أن تحكم به، جبراً للضرر الذي أصاب صاحب العمل من جراء تهدم المباني، أو المنشآت الثابتة التي أنشأها المقاول والمهندس. وهذا ما تقضي به المادة 2/355 من القانون المدني الأردني.

ويجوز الحكم بالتعويض النقدي بالإضافة إلى التنفيذ العيني، لو استغرق إعادة بناء ما تهدم من البناء، أو إصلاح ما ظهر فيه من عيوب وقتاً طويلاً، وأدى ذلك إلى منع صاحب العمل من استغلاله والانتفاع به طيلة مدة بقائه معيباً[2].

ولا بدّ من التذكير أن التعويض يجب أن يكون شاملاً لما لحق صاحب العمل من خسارة، وما فاته من كسب بسبب تهدم البناء، أو ظهور العيب فيه، فيكون بذلك معادلاً للضرر الحاصل لصاحب العمل في مبناه، وعلى ذلك يجوز التعويض النقدي بالإضافة إلى التنفيذ العيني

[1] الصدة: مرجع سابق، فقرة 496، صفحة 624.

[2] الدوري: مرجع سابق، صفحة 228.

في حالة كون ترميم البناء وإعادة إصلاحه قد ترك بعض التشوهات التي تقلل مـــن منفعتـــه، أو تنقص قيمته الإيجارية[1].

ويدخل ضمن التعويض المستحق لصاحب العمل قبل المهندس والمقاول أيضاً، ما يدفعه للغير من تعويضات جراء تضرره من تهدم البناء ومطالبته لصاحب العمل بناء على مســؤوليته بصفته حارساً للبناء أو مالكاً له[2].

ثانياً: التعويض غير النقدي

وهو أن تأمر المحكمة بأداء شيء معين على سبيل التعويض. وهذا النوع من التعويض، لا هو بالتعويض العيني، ولا هو بالتعويض النقدي، ولكنه قد يكون أنسب وفــق مـــا تقتضـــيه الظروف في بعض الصور[3].

ولم يرد ذكر التعويض غير النقدي في المادة 355 من القانون المدني الأردني، وإنمـــا اقتصر الأمر في حال استحالة التنفيذ العيني على التعويض النقدي، ولكن ورد في المادة 2/269 من القانون المدني الأردني[4] أن للمحكمة أن تحكم بأمر معين، وذلك على سبيل التضمين، ممـــا يعني إمكانية اللجوء للتعويض غير النقدي، لجبر الضرر الذي لحق بصاحب العمل.

ومثال ذلك أن تحكم المحكمة لصاحب العمل الذي انهار بناؤه انهياراً تاماً، ببناء مشـــابه له، مشيد على قطعة أرض تمتاز بنفس صفات القطعة التي شيد فيها البناء المنهار.

المطلب الثاني: مدى التعويض الذي يستحقه صاحب العمل

نصت المادة 221 من القانون المدني المصري صراحة على أنه: "اذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة، وما فاته من كسب".

---

[1] شنب: مرجع سابق، فقرة 122، صفحة 147.

[2] شنب: مرجع سابق، فقرة 122، صفحة 147.

[3] مجموعة الأعمال التحضيرية **للقانون المدني المصري**، صفحة 379، نقلاً عن نصر: مرجع سابق، صفحة 151.

[4] تنص المادة 2/269 من **القانون المدني الأردني** على أنه: " ويقدر الضمان بالنقد على أنه يجوز للمحكمة تبعاً للظـــروف وبناء على طلب المضرور أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن تحكم بأداء أمر معين متصل بالفعـــل الضـــار وذلك على سبيل التضمين ".

أما القانون المدني الأردني، فقد نص في المادة 363 على أنه: "إذا لـم يكـن الضـمان مقدرا في القانون، أو العقد، فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلا حين وقوعه".

ويبدو من ظاهر نص المادة 363 أن المشرع الأردني لا يعـوض إلا عـن الخسـارة اللاحقة فقد ورد فيها أن التعويض يكون بما يساوي الضرر الواقع فعلا حين وقوعه، إلا أنه جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني بخصوص المادة 363 بأنه: "ظاهر من نص القانون أن التعويض إن لم يقدر في العقد، أو بنص في القانون، فالقاضي هو الـذي يقـدره، ويشـمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة، وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، أو التأخر في الوفاء به[1]".

وبناء على ذلك يشمل التعويض ما لحق صاحب العمل من خسارة، كالأضـرار التـي تصيبه في أمواله، وشخصه، بسبب تهدم، أو تعيب البناء، وما فاته من كسب، وذلـك كضـياع المنفعة التي تعود عليه من الاستفادة بالبناء.

ولكن يشترط أن يكون الضرر الواجب التعويض عنه محققـاً، أمـا الضـرر محتمـل الوقوع، وهو ما لم يقع، ولا يعرف ما إذا كان سيقع في المستقبل أو لا، فـلا تعـويض عنـه[2]. ويستوي أن يكون الضرر المحقق قد وقع فعلاً، كأن يكون البناء قد تهدّم كليـا، أو جزئيـا، أو ظهر العيب فيه فعلاً، أو أن يكون واقعا في المستقبل، ما دام محقق الوقوع، كأن يكـون تهـدم البناء والمنشآت الثابتة الأخرى أمراً محتماً، لا محيص من وقوعه3.

ويجب أن يكون الضرر محل طلب التعويض مباشراً، ويكون الضرر مباشراً إذا كـان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، أو للتأخر في الوفاء به ولم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول4؛ ذلك لأن التزام المقاول أو المهندس، قبل صاحب العمل، هو التزام بتحقيـق

---

[1] **المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني**، الجزء الأول، صفحة 401.

[2] سلطان: مرجع سابق، فقرة 483، صفحة 372.

[3] المرجع السابق، فقرة 483، صفحة 372.

[4] المرجع السابق، فقرة 346، صفحة 273-274.

نتيجة[1]، وهي بقاء البناء بعد إنجازه، وتسليمه لصاحب العمل سليما متينا لمدة عشر سنوات على الأقل وبما أن البناء خلال هذه المدة قد تهدم، أو ظهر فيه عيب من شأنه تهديد متانته وسلامته، فإن مفاد ذلك أن الضرر الذي يصيب صاحب العمل من جراء تهدم المباني، أو ظهور العيــوب فيها كان نتيجة طبيعية لعدم وفاء المقاول والمهندس بالتزامهما فضلا عن أن صاحب العمل لــم يكن في استطاعته توقيه ببذل جهد معقول.(المادة 266 من القانون المدني الأردني).

وبما أن مسؤولية المقاول والمهندس مصدرها القانون، فإن التعويض يشــمل الضــرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، ذلك لأن المسؤولية القانونية تعادل المسؤولية التقصيرية أن لــم تكن أشد منها[2]، وهذا الرأي لا يقره من يقول بالمســؤولية العقديــة للمقــاول والمهنــدس؛ لأن التعويض بموجبها لا يكون إلا عن الضرر المباشر المتوقع، ولا يجوز التعويض بمقتضاها عن الضرر غير المتوقع، إلا إذا نتج عن غش أو خطأ جسيم[3].

---

[1] قضت محكمة النقض المصرية بأن: " التزام المقاول والمهندس الوارد في المادة 651 من القانون المدني هــو التــزام بنتيجة هي بقاء البناء الذي يشيدانه سليما ومتينا لمدة عشر سنوات بعد تسليمه ومن ثم يثبت الإخلال بهذا الالتزام بمجــرد إثبات عدم تحقق تلك النتيجة دون حاجة لإثبات خطأ ما "، الفقرة الخامسة من الطعــن رقــم 0325 لســنة 30 بتــاريخ 1965/6/10، سنة المكتب الفني 16، منشور في *المجموعة الدولية للمحاماه والاستشارات القانونية*(CD)، برنامج أحكــام المحاكم العليا، القاهرة، سنة 2000.

[2] أبو عيشه، أنور: **مقابلة شخصية**، بتاريخ 2007/9/13م.

[3] السنهوري: مرجع سابق، فقرة 68، صفحة 126، هامش رقم (4)؛ منصور: مرجع سابق، صفحة 151.س

المبحث الثاني

انتفاء مسؤولية المقاول والمهندس

إن التزام المقاول والمهندس بضمان العيوب في المباني، والمنشآت الثابتة هو التزام بتحقيق نتيجة بأن يظل البناء الذي يقيمانه سليماً ومتيناً لمدة عشر سنوات بعد قبول صاحب العمل[1].

وعليه فإن مسؤولية المقاول والمهندس تقوم على خطأ مفترض وهو مخالفة القانون، ولا يمكن نفيها إلا بإثبات السبب الأجنبي، فلا يجوز للمقاول أو المهندس في سبيل دفع هذه المسؤولية عن نفسه أن يثبت عدم ارتكابه الخطأ وأنه قام بواجب العناية المطلوبة منه حتى لا يتهدم البناء كليا أو جزئيا، أو لا يصيبه عيب يهدد متانته وسلامته، لأن هناك التزاما قانونيا على المقاول والمهندس بأن يظل البناء سليما ومتينا لمدة عشر سنوات من تاريخ قبول صاحب العمل. (المادة 788 من القانون المدني الأردني).

ولكن ذلك لا يعني أنهما لا يستطيعان دفع هذه المسؤولية، إذ يمكن دفع المسؤولية بنفي علاقة السببية بين الضرر الذي أصاب صاحب العمل من جراء تهدم، أو تعيب البناء، وبين فعل المقاول، أو المهندس المتمثل بعملية البناء والتشييد.

ونفي علاقة السببية يكون بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد للمقاول، أو المهندس فيه، والمتمثل بالقوة القاهرة، أو خطأ صاحب العمل نفسه، أو خطأ الغير الذي له صفة القوة القاهرة. وندرس ذلك فيما هو آتٍ:

المطلب الأول: القوة القاهرة

تعرف القوة القاهرة بأنها الحادث غير المتوقع، ولا يد للشخص فيه، ولا يستطاع دفعه ويترتب عليه أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا[2].

---

[1] شنب: مرجع سابق، فقرة 111، صفحة 132.

[2] الصدة: مرجع سابق، فقرة 476، صفحة 599.

والمقصود بعدم إمكان التوقع ليس بالنسبة إلى الحوادث التي لم يسبق وقوعهـا، وإنمـا الحوادث التي لا يستطاع توقع وقت حدوثها مرة ثانية حتى من أشد الناس حيطة[1].

وعلى ذلك تعدّ الزلازل والبراكين والغارات الجوية، على سبيل المثال، من قبيل القـوة القاهرة، إلا أن الأمر يختلف بصدد الظواهر الطبيعية، مثل هبوط الأمطار، والعواصف، فهـذه الظواهر يمكن التنبؤ بحدوثها على ضوء التقدم العلمي المعاصر، وعليه لا تعدّ قوة قـاهرة، إلا إذا خرجت عن التوقع، وكان من المستحيل دفعها[2].

وتطبيقا لذلك فقد قضي بأنه: "إذا لم ينسب الخبير أي خطأ للمصمم سـواء مـن حيـث التصميم أو من حيث مخالفة الاتفاقية، وبأن سبب الانهيار كان هطول كميات كبيرة من الثلـوج تفوق قدرة البناء على تحملها، وفقا لما هو مصمم له، وبأن هذه الكميات فاقـت الأرقـام التـي سجلت خلال العشرين سنة الماضية، فإن استناد محكمة الاستئناف إلى تقريـر الخبيـر والـذي أوضح كافة جوانب تقريره يوافق الواقع والقانون[3]".

ولا فرق بين القوة القاهرة، والحادث الفجائي. فهما تعبيران لمعنى واحد، ولهمـا نفـس الأثر[4]. وقد جاء في المادة261 من القانون المدني الأردني: "إذا أثبت الشخص أن الضـرر قـد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي، أو قوة قاهرة، أو فعل الغير، أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون، أو الاتفاق بغير ذلـك". فقـد أورد المشرع الأردني كلاً من القوة القاهرة، والحادث الفجائي بشكل مترادف؛ لتدلان على أمرٍ واحد.

وقيام القوة القاهرة ينفي مسؤولية المقاول والمهندس عما يحدث في المباني، أو المنشآت من تهدم كلي، أو جزئي، أو ما يظهر فيها من عيوب تهدد متانتها وسلامتها، ويقع عبء إثبـات القوة القاهرة على المقاول والمهندس، فإن أثبتا ذلك تنتفي علاقة السببية ما بين فعل المقـاول أو المهندس، وبين الأضرار التي تصيب صاحب العمل.

---

[1] سلطان: مرجع سابق، فقرة 499، صفحة 383.

[2] منصور: مرجع سابق، صفحة 161.

[3] تمييز حقوق رقم 2003/2081، بتاريخ 2003/12/10، منشور في *مركز المعلومات القانونية، عدالة* (CD)، عمـان، سنة 1990.

[4] السنهوري: مرجع سابق، الجزء الأول، فقرة 586، صفحة 877؛ الدوري، مرجع سابق، صفحة 257.

ولا يمكن اعتبار عيب التربة، أو العيب الناشئ عن خلل في الأرض قوة قاهرة، فقد نصت المادة 2/788 من القانون المدني الأردني بصريح العبارة على أنه " يبقى الالتزام في التعويض المذكور، ولو كان الخلل، أو التهدم ناشئا عن عيب في الأرض".

وإذا أدى وجود عيب في الأرض إلى التهدم أو إلى عيب في البناء، فإن ذلك لا يكفي لنفي مسؤولية المقاول والمهندس؛ لأن وجود مثل هذا العيب متوقع، كما أنه من واجبات المقاول والمهندس القيام بعمل الاختبارات اللازمة على الأرض التي سيبنى عليها، ليعرف طبيعتها ويكتشف عيوبها، بالإضافة إلى أن هذه العيوب يمكن تلافي نتائجها الضارة بتقوية الأساس، فتخرج عن كونها قوة قاهرة، أو حادثاً مفاجئاً[1].

وبالمقابل فقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ينص في المادة 898 منه على أنّه: "يسقط عن المهندس المعماري والمقاول الضمان المقرر في المادتين السابقتين، إذا تبين من الظروف التي أدت إلى كشف عيوب البناء أن هذه العيوب قد نشأت عن قوة قاهرة، كما لو حصل خلل في استقرار الأرض التي أقيم عليها البناء إذا كان هذا الخلل قد نشأ لا عن موقع الأرض أو عن حركتها الذاتية بل عن أسباب خارجه لم يكن في الإمكان توقعها وقت البناء ".

ويتضح من عبارة النص السابق أن المشرع جعل عيب الأرض قوة قاهرة في حالة حدوث خلل في استقرار الأرض التي أقيم عليها البناء، وكان هذا الخلل ناشئاً عن سبب خارجي، لا يمكن توقعه.

ولذلك إذا كان عيب الأرض من العيوب غير المتوقعة، وكان من المستحيل على المهندس أو المقاول اكتشافه بإتباع القواعد الفنية التي يتبعها مهندس حريص فطن، فإن هذا العيب يعدّ قوة قاهرة تنتفي معه مسؤولية المقاول والمهندس، كما لو وجدت أطلال مبانٍ أثرية تحت الأرض على عمق كبير، في منطقة لم تكتشف بها آثار من قبل، ولم يقل أحد بوجود آثار بها[2].

[1] شنب: مرجع سابق، فقرة 113، صفحة 136.

[2] المرجع سابق، فقرة 113، صفحة 136- 137.

وقد قضي أيضا باستبعاد مسؤولية المقاول المكلف بتغطية الطريق بالإسفلت، إذا كان العيب الحادث في غطاء الإسفلت ناجما عن هبوط الشارع بسبب خلل في مجاري المياه الممتدة في باطن الأرض[1].

ويستلزم لانتفاء مسؤولية المقاول والمهندس أن تكون القوة القاهرة هي السبب الوحيد في إحداث الضرر، ولكن إذا كان في البناء عيب يهدد متانته وسلامته، ثم حدثت قوة قاهرة سببت تهدم ذلك البناء، فهل تنتفي مسؤولية المقاول والمهندس؟

هناك من يقول إنه " إذا كان هناك عيب في البناء ثم تهدم البناء بقوة قاهرة دون أن يكون للعيب دخل في تهدمه، فإن صاحب العمل لا تعود له مصلحة في رفع دعوى الضمان، فإن البناء كان سيتهدم ولو لم يوجد فيه هذا العيب. فإذا بانت له مصلحة جاز أن يرجع بالضمان، مثل ذلك أن يكون العيب من شأنه أن يزيد في الضرر الناجم عن تهدم البناء، أو أن شركة التأمين تحتج بالعيب في البناء فتدفع لصاحبه تعويضا أقل، ففي مثل هذه الأحوال يرجع صاحب العمل بالضمان على المقاول بالقدر الذي أصيب فيه بضرر من جراء العيب[2] ".

وقد سار القضاء الفرنسي سابقا على الحكم في مثل هذه الحالة بتوزيع المسؤولية بين المسؤولين عن الأسباب المتعددة تبعا لنصيب كل سبب منها في إحداث الضرر، وفقا لما يسمى "بالسببية الجزئية" للقوة القاهرة[3]. إلا أنه عدل عن هذا الاتجاه مقرراً أن وجود القوة القاهرة خاصة في حالة قرينة المسؤولية الخاصة يؤدي إلى انتفاء علاقة السببية بين الخطأ والضرر انتفاءً كاملاً، يمتنع معه الحكم بتقسيم المسؤولية[4].

---

[1] إستئناف مختلط 28 مارس سنة 1901 ب 13، صفحة 221، نقلا عن السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 73، صفحة 135- 136.

[2] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 73، صفحة 137، هامش رقم (2).

[3] مجلس الدولة الفرنسي 1875/2/5 سيريه سنة 1875- 2- 1779، مجلس الدولة الفرنسي 1889/6/7 م ج 735، نقلاً عن ياقوت: مرجع سابق، فقرة 131، صفحة 231.

[4] نقض مدني فرنسي 1978/5/5 بولتان سنة 1978 ق 135، صفحة 111، نقض مدني فرنسي 4مارس سنة 1976 بولتان مدني سنة 1976ق 87، صفحة 67، نقض مدني 16 مايو 1977 بولتان ق 130، صفحة 90، نقلا عن ياقوت، مرجع سابق، فقرة 131، صفحة 231.

وبذلك يكون القضاء الفرنسي قد عدل عن قاعدة السببية الجزئية، ولجأ إلى نظرية السبب المنتج، فقد تمّ اختيار أكثر الأسباب فاعلية في إحداث التهدم، أو الخلل في البناء[1]. فإن كانت القوة القاهرة هي السبب المنتج انتفت مسؤولية المقاول والمهندس، وأما إن كان خطأ المقاول أو المهندس هو السبب المنتج في إحداث الضرر، فتبقى مسؤوليتها قائمة تجاه صاحب العمل.

المطلب الثاني: خطأ صاحب العمل

إن خطأ صاحب العمل ينفي مسؤولية المقاول والمهندس عما يحدث في المباني، أو المنشآت من تهدم كلي، أو جزئي، أو ما يظهر فيها من عيوب تهدد متانتها وسلامتها، وذلك بشرط أن ينفرد ذلك الخطأ الصادر عنه في إحداث الضرر، وألا يثبت خطأ في جانب المقاول، أو المهندس، فإن ثبت خطأ في جانب المقاول أو المهندس فإن مسؤوليتهما لا ترتفع كلية بسبب خطأ صاحب العمل، وإنما يعدّ الضرر راجعا إلى خطأ مشترك، وتوزع المسؤولية فيما بينهما[2]. وذلك بشرط ألا يستغرق خطأ أحدهما الآخر، وإلا كان مسؤولاً وحده عن الضرر[3].

ولا بدّ أن يكون خطأ صاحب العمل قبل إتمام البناء، وتسليمه، وفي أثناء تنفيذ العمل، أما إذا حدث بعد إتمام الأعمال، وتسلمها مقبولة منه، كأن يجري تعديلات معيبة على كيفية توزيع الأماكن داخل العقار، فيترتب عليها حدوث الخلل، فإن صاحب العمل يسأل وحده عن التهدم، أو الخلل الحاصل في البناء[4].

والأصل أن المهندس والمقاول خبيران في فنّ البناء، بعكس صاحب العمل الذي يفترض فيه الجهل بهذا الفن[5]، فإذا تدخل صاحب العمل في إقامة المنشآت المعيبة، سواء بفرض

[1] ياقوت: مرجع سابق، فقرة 131، صفحة 232، نقلا عن مازو: **المسؤولية**، ج 2، فقرة 1438- 1446 وفقرة 1609- 1614؛ شاباس: **أثر تعدد الأسباب على الحق في التعويض**، رسالة باريس، سنة 1967؛ كاستون، فقرة 541، صفحة 247- 248؛ كاريلا، فقرة 12.

[2] شنب: مرجع سابق، فقرة 114، صفحة 137.

[3] سلطان: مرجع سابق، فقرة 506، صفحة 385؛ السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 74، صفحة 137.

[4] ياقوت: مرجع سابق، فقرة 132، صفحة 232.

[5] المرجع السابق، فقرة 133، صفحة 233.

مواصفات معيبة، أو بتقديم مواد معيبة، أو بالموافقة على تصميم معيب، فـإن ذلك لا يعفي المقاول والمهندس من مسؤوليتهما، لأنه كان من الواجب عليهما تنبيه صاحب العمل إلى عدم كفاية المواصفات، أو إلى عيوب البناء[1].

ولكن إذا كان العيب في المواد، أو في التصميم، ومن الصعب أن يكتشفه المقاول والمهندس، ولاسيما إذا كان صاحب العمل، وهو مقدم التصميم، مهندسا معماريا، فإنّ خطأ صاحب العمل هنا ينفي المسؤولية عن المقاول والمهندس[2].

وإذا أصر صاحب العمل على موقفه باستعمال تلك المواد، أو المواصفات المعيبة رغم تنبيهه من المقاول والمهندس، فيتوجب عليهما رفض تنفيذ العمل، إذا كان يترتب عليه تهدم البناء، أو وجود عيوب تهدد متانته وسلامته[3].

ولكن إذا أذعن المقاول والمهندس لمشيئة صاحب العمل، ونفذا تعليماته، وأوامره، واستعملا المواد المعيبة، رغم ما يترتب عليها من تهديد لسلامة البناء ومتانته، فإنهما يعدّان مخطئين، ولا يستغرق خطأ صاحب العمل خطأهما، وتوزع المسؤولية عليهم[4].

ويرى الباحث أن توزيع المسؤولية _ في حالة الإذعان لمشيئة صاحب العمل _ على المقاول والمهندس من جهة، وصاحب العمل من جهة أخرى غير مبرر؛ وذلك لأن الأصل بصاحب العمل أنه غير خبير بأمور البناء، ولا بد من حمايته، لأن إصراره على استخدام تلك المواد المعيبة، أو المواصفات المعيبة، لا يعفي المقاول والمهندس من المسؤولية الخاصة، وأنه كان بإمكانها عدم تنفيذ العمل، ولذلك فإن خطأ المقاول والمهندس يَجُبُّ خطأ صاحب العمل، وأرى أن تبقى مسؤوليتهما كاملة عن أي تهدم، أو تعيب قد يحصل في البناء.

وبهذا الرأي أخذت المادة 892 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري فقد جاء فيها: "إذا أخبر المهندس المعماري، أو المقاول صاحب العمل قبل التنفيذ، أو في أثنائه، بما ينجم

---

1 شنب: مرجع سابق، فقرة 114، صفحة 137.

2 السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 74، صفحة 138.

3 شنب: مرجع سابق، فقرة 114، صفحة 138.

4 المرجع السابق، فقرة 114، صفحة 138؛ السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 74، صفحة 137.

من خطر من جراء تنفيذ العمل وفقا للشروط المطلوبة، فإن ذلك لا يعفيه من المسؤولية... حتى بالنسبة للأعمال التي يكون صاحب العمل أمر بها رغم هذا التحذير[1] ".

ويلاحظ أن وجود مهندس عيّنه صاحب العمل للإشراف على التنفيذ، لا يؤثر في مسؤولية المقاول تجاه صاحب العمل، ولو تلقى من المهندس تعليمات تخالف أصول فن البناء، لأن المقاول مستقل عن المهندس في عمله، ولا يلزم بإطاعة أوامر المهندس إذا كانت تخالف أصول البناء، أو لا تطابق المواصفات المتفق عليها[2].

ولكن إذا كان صاحب العمل خبيراً بأمور البناء، وكان لديه من الخبرة في فن البناء ما يفوق خبرة المقاول والمهندس الذي تعاقد معهما، فإن إذعان المقاول والمهندس لتعليمات صاحب العمل وأوامره، لا يعدّ خطأ منهما، والضرر يعدّ راجعا إلى خطأ صاحب العمل وحده، وتنتفي مسؤولية كل من المقاول والمهندس[3].

وتطبيقا لذلك، فقد قضت محكمة النقض المصرية: "... إلا أنه إذا كان المقاول قد نبه صاحب العمل إلى ما كشفه من خطأ في التصميم فأصر على تنفيذه، وكان لصاحب العمل من الخبرة والتفوق في فن البناء ما يفوق خبرة وفن المقاول فإن إذعان المقاول لتعليمات صاحب العمل في هذه الحال لا يجعله مسؤولا عما يحدث في البناء من تهدم نتيجة الخطأ في التصميم اذ الضرر يكون راجعا إلى خطأ صاحب العمل وحده فيتحمل المسؤولية كاملة[4] ".

ويمكن الاعتداد في بعض الأحيان بخطأ صاحب العمل، وعده سبباً لنفي قرينة المسؤولية الخاصة، وإعفاء المقاول والمهندس من المسؤولية، أو التخفيف منها على الأقل، إذا اجتمعت فيه شروط القوة القاهرة كافة من عدم إمكان التوقع، واستحالة الدفع، ورجوع الخطأ إليه وحده، الأمر الذي تنتفي به مسؤولية المقاول والمهندس الخاصة[1].

---

[1] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 74، صفحة 139، هامش رقم واحد (1).

[2] شنب: مرجع سابق، فقرة 114، صفحة 139.

[3] المرجع السابق، فقرة 114، صفحة 138.

[4] الطعن رقم 440 لسنة 31 قضائية، جلسة 1966/12/8، س17، صفحة1830، موسى، محمد قمر: **الموسوعة الجامعة في التعليق على القانون المدني**، الجزء السابع، دون طبعة، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، سنة 2003، صفحة 4327.

[1] نقض مدني فرنسي 1979/5/8، ودالوز سنة 1979، مختصر صفحة 469 (تولي صاحب العمل تركيب الشبكة الكهربائية في البناء تركيباً معيبا مما أدى إلى حدوث الخلل المدعي به)، نقلا عن ياقوت: مرجع سابق، فقرة 135، صفحة 238.

ولا يؤثر في مسؤولية المقاول والمهندس بنص القانون إجازة صاحب العمل إقامة المنشآت المعيبة، فهذه الحالة لا تعدّ فعلا تنتفي معه مسؤولية المقاول والمهندس، ويكون الخطأ هو خطأ المقاول؛ لأن صاحب العمل غير فني، فلا يعتد بإجازته، ولا يكون لهذه الإجازة أثر في التخفيف، أو الإعفاء من مسؤولية المقاول والمهندس[1].

المطلب الثالث: خطأ الغير الذي له صفة القوة القاهرة

يرى الفقه[2] أن خطأ الغير لا يدفع عن المقاول والمهندس المسؤولية الملقاة على عاتقها، إلا إذا اجتمعت فيه شروط القوة القاهرة من حيث عدم قابلية الخطأ للتوقع، واستحالة دفعه. فإذا لم تتوافر هذه الشروط بقي المهندس والمقاول مسؤولين مسؤولية كاملة نحو صاحب العمل، ويحق للمقاول والمهندس الرجوع على الغير المسؤول، وفقا للقواعد العامة[3].

وقد يكون هذا الغير أجنبيا عن عملية التشييد، وهي حالات نادرة، إلا أن ذلك ليس مستحيلا، مثل قيام هذا الغير بعمليات حفر على أعماق بعيدة بالقرب من أساسات العقار محل المسؤولية، أو استخدام آلات ضخمة سببت ارتجاجات شديدة في الأرض على مقربة من العقار، وأدّت إلى حدوث تصدع، أو تهدم كلي، أو جزئي، فإن من شأن هذا الخطأ إعفاء المقاول والمهندس من مسؤوليتهما، بشرط أن لا يكونا مقصرين أصلا، كأن يضعا العقار على أساسات ضعيفة، ساهمت في إحداث التصدع، أو الخلل وتفاقمه، فعندئذٍ توزع المسؤولية على المقاول والمهندس والغير، كل وفق نسبة مساهمته في إحداث الضرر[4].

وقد يكون الغير ذا صلة بعملية التشييد، كأن يقع الخطأ من المنتج، أو الصانع، أو ممول العقار، أو من مهندس سابق، وقد يقع الخطأ من المهندس، أو من المقاول، فيعدّ كل منها غيراً بالنسبة للآخر[1].

---

[1] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 74، صفحة 138- 139.

[2] المرجع السابق، الجزء السابع، فقرة 74، صفحة 139، هامش رقم (1)؛ شنب: مرجع سابق، فقرة 112، صفحة 135؛ ياقوت: مرجع سابق، فقرة 141، صفحة 246- 247.

[3] شنب: مرجع سابق، فقرة 116، صفحة 139- 140؛ السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 66، صفحة 120.

[4] سرور: مرجع سابق، فقرة 331، صفحة 351.

[1] المرجع السابق، فقرة 330، صفحة 350.

ويبرز التساؤل في حالة الخطأ الصادر من المهندس أو المقاول على اعتبار أن كل منهما غيراً في علاقته بالآخر، هل يستطيع المقاول أو المهندس أن يتمسك كل منهما بخطأ الآخر؛ ليدفع المسؤولية عن نفسه في مواجهة صاحب العمل؟

هناك من يرى أنه بإمكان كل من المقاول والمهندس التمسك بخطأ الآخر، حتى يدفع المسؤولية عن نفسه في مواجهة صاحب العمل، بشرط أن يثبت هذا الخطأ، وأن تتوافر فيه خصائص القوة القاهرة من حيث عدم إمكانية التوقع، واستحالة الدفع، ويعدّ هذا من القواعد العامة التي تجيز للمدعي عليه دفع مسؤوليته بإثبات القوة القاهرة، ولا يوجد سبب مقبول لاستبعادها[1].

لذلك قضي بأن المهندس لا يستطيع أن يتخلص من القرينة الملقاة على عاتقه، بإثبات خطأ المقاول، لاسيما إذا كان المهندس مكلفا بالإشراف على التنفيذ، وبمهمة فحص المواد، إلا إذا أثبت أن هذه الأخطاء كانت مستحيلة الدفع، وغير قابلة للتوقع[2]. كما قضي بأن أخطاء المهندس المعماري في التصميم ليس من شأنها أن تعفي المقاول دائما من مسؤوليته عن الضمان العشري، بل يجب لذلك إثبات عدم إمكان توقعها، ودفعها من جانب المقاول المجرب الحريص[3].

ومن ناحية أخرى فإن هناك من يتشدد كثيراً، ويرى بأن النصوص المنظمة للمسؤولية الخاصة تجعل المهندس ضامنا، أو كفيلا للمقاول في مواجهة صاحب العمل، بمعنى أن مسؤوليته تتعين حتى لو أثبت أن خطأ المقاول كان يشكل بالنسبة له حالة من حالات القوة القاهرة[1].

---

[1] ياقوت: مرجع سابق، فقرة 141، صفحة 247، هامش رقم (579)، نقلا عن ليت فو: المرجع السابق، صفحة 351؛ مازو: المسؤولية، الجزء الثاني، فقرة 1070، صفحة 114.

[2] نقض مدني فرنسي 1961/7/13، داللوز، سنة 1961، صفحة 771، نقلا عن ياقوت: مرجع سابق، فقرة 141، صفحة 247.

[3] نقض مدني فرنسي1968/3/7، داللوز، سنة 1970، صفحة 27، نقلا عن ياقوت: مرجع سابق، فقرة 141، صفحة 248.

[1] سرور: مرجع سابق، فقرة 342، صفحة 361.

واعتقد أن هذا ما هدفت إليه المادة 1/788 من القانون المدني الأردني التي جعلت كــلاً من المقاول والمهندس ضامنا لصاحب العمل، وفي نفس الوقت متضامنين[1] مع بعضهم بعضا في تعويض صاحب العمل عن التهدم أو التعيب، الذي يحصل للبناء خلال عشر سنوات. وهــذا لا يمنع من رجوع أي منهما على الآخر، وفقاً للقواعد العامة.

---

[1] وقد قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه " إذا كان البناء تم تنفيذه من قبل المقاول تحت إشراف المميز (المهنــدس)، وإن عمل المميز لم يقتصر على التصميم، فإن مسؤولية المميز تكون متضامنة مع المقاول وفق ما قضت بــه أحكــام المــادة (788) من القانون المدني " تمييز حقوق رقم 97/1827 بتاريخ 1997/11/11 منشور في *المجلة القضائية*: المجلد الأول، العدد الثاني، المعهد القضائي الأردني، مطابع المؤسسة الصحفية الأردنية، سنة 1997، صفحة 507.

المبحث الثالث

دور الإرادة في تعديل قواعد مسؤولية المقاول والمهندس

من المعلوم أن للإرادة سلطانها في تكوين العقود، وترتيب الآثار عليها، ولهـا الهيمنـة على كثير من الروابط القانونية، إلا أن مبدأ سلطان الإرادة ليس على إطلاقه، فللإرادة حـدود رسمها القانون لها؛ لكي تتوازن الإرادة مع العدالة والاستقرار والصالح العام. لذلك فإن القانون يبطل كل أثر للإرادة إذا تجاوزت الحدود المرسومة لها، فقد يضـع القـانون نصوصـاً آمـره ويقضي بلزوم التقيد بها مدفوعا في ذلك بدوافع اجتماعية واقتصادية، تقوم على مبدأ التضـامن الاجتماعي، ويعدّ كل اتفاق يخالف أحكامها باطلاً، لا أثر له، ذلك أن هـذه النصـوص تتعلـق أحكامها بالنظام العام.

وسوف أدرس في هذا المبحث دور الإدارة في الإعفـاء، أو الحـد، أو التشـييد مـن المسؤولية الخاصة بالمقاول والمهندس على النحو الآتي:

المطلب الأول: الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية

نصت المادة (790) من القانون المدني الأردني على أنه: " يقع باطلا كل شرط يقصـد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه[1]". ويفهم من ذلـك أن المشـرع جعـل مسؤولية المقاول والمهندس بالضمان من النظام العام. وذات الأمر بالنسبة لمدة الضمان.

ولقد أسبغ المشرع مزيدا من الحماية على صاحب العمل بإيراد هذا النص، وجعل مسألة الضمان واجبة، ولم يجز الاتفاق على إعفاء المقاول والمهندس من الضمان، وأعتبر كل شـرط يؤدي إلى ذلك باطلا، والبطلان يقع في الشرط، ولا يمتد إلى العقد، وإلى سائر شروطه ما دامت صحيحة [2].

---

[1] ويقابلها نص المادة (653) من **القانون المدني المصري**، ونص المادة (746) من **مشروع القانون المدني الفلسـطيني** الذي ورد في *المذكرة الإيضاحية* له أن الهدف من إيراد هكذا نص " أن صاحب العمل لا يكون عادة ذا خبرة فنيـة فـي أعمال البناء، ولذلك كان لا بد من حماية خاصة، بينما يعتبر كلا من المقاول والمهندس، وهما من رجـال الأعمـال ذوي الخبرة الفنية، وهما في ذات الوقت الجانب الأقوى في عقود المقاولة بسبب هذه الخبرة " أنظر أبو ملوح وقـداده: مرجـع سابق، صفحة 788.

[2] المومني: مرجع سابق، صفحة 273.

وتجدر الإشارة إلى أن تهدم المباني والمنشآت لا تصيب صاحب العمل وحده بالضرر، وإنما قد تؤدي إلى حوداث تصيب الغير في الأرواح والأموال[1].

وكذلك الأمر فإن القانون الفرنسي في المادة 5/1792 يبطل كل شرط في العقد يكـــون من مقتضاه الإعفاء من هذه المسؤولية، مع التأكيد أن هذا البطلان يســـري بالنســـبة للمهنـــدس المعماري والمقاول، فضلاً عن سريانه بالنسبة لجميع الأشخاص الآخرين الذين اعتبرهم القانون الفرنسي في حكم المقاول والمهندس المعماري كالفنيين، والمهندسين الاستشـــاريين، والبـــائعين، والوكلاء، والصناع، والموزعين، والمستوردين، والممولين، ويقع باطلا كل شرط يقصـــد بـــه إعفاء أي منهم من مسؤوليتهم المفترضة عن عيوب البناء[2].

وقد يحدث أن يتنازل المقاول لمقاول آخر عن جميع عقد المقاولة بما يشتمل عليه مـــن حقوق والتزامات، فيحل المقاول المتنازل له محل المقاول المتنازل في عقد المقاولة، فيصبح هو المقاول المسؤول تجاه صاحب العمل[3]. إن هذا التنازل يبرز تساؤلا عما إذا كـــان ذلـــك يعفـــي المقاول المتنازل من جميع التزاماته القانونية تجاه صاحب العمل بما فيها تهدمات البناء والعيوب التي قد تظهر فيه بعد إنجازه وتسليمه لصاحب العمل؟

فيرى السنهوري أن المقاول المتنازل له يصبح هو المدين بجميع التزامات المقاول نحو صاحب العمل، وهو الدائن بجميع حقوق المقاول، ويختفي دور المقاول المتنازل، ولا يعود لـــه شأن في المقاولة التي انتقلت بجميع ما يترتب عليها من آثار إلى المقاول المتنازل له[4].

وهناك من يرى غير ذلك، ويعدّ أن موافقة صاحب العمل على تنازل المقاول الأصـــلي عن عقد المقاولة إلى مقاول آخر تنزل بمنزلة شرط إعفاء المقاول من المسؤولية تجاه صـــاحب

---

[1] شنب: مرجع سابق، فقرة 120، صفحة 144.

[2] ياقوت: مرجع سابق، فقرة 155، صفحة 261، نقلا عن بوبلي: فقرة 366، صفحة 233؛ مالان فو وجستاز: فقرة 176، صفحة 198.

[3] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة117، صفحة 207.

[4] المرجع السابق، الجزء السابع، فقرة117، صفحة 208.

العمل أو الحد منها، لذلك فإن المقاول المتنازل يظل مسؤولا بالتضمان مع المقاول الثاني عن تهدمات المباني والعيوب التي تظهر بعد الإنجاز والتسليم[1].

وأعتقد أن الرأي الأخير قد تشدد كثيرا لأن المقاول الثاني (المتنازل له) هو من يقوم بالإنجاز والتنفيذ، فمن الطبيعي إذن أن يكون هو المسؤول عن عيوب البناء والتهدمات التي قد تظهر بعد التسليم.ولكن إذا ثبت أن المقاول المتنازل قصد من التنازل التهرب من المسؤولية، وإلقائها على عاتق المتنازل له عندئذ ينبغي أن يكون مسؤولا بالتضامن مع المقاول الثاني تجاه صاحب العمل.

المطلب الثاني: الاتفاق على الحد من المسؤولية

يلاحظ من نص المادة (790) مدني أردني والمادة 5/1792 مدني فرنسي أن البطلان لا يقتصر على الاتفاقات المعفية من المسؤولية فقط، بل يشمل أيضا الشروط المخففة من المسؤولية.

وبناء على ذلك يقع باطلا كل شرط يقصد به حرمان صاحب العمل من الرجوع على المهندس والمقاول في حالة حصول تهدم، أو وجود عيب، كما يبطل الاتفاق الذي يجعل الضمان قاصرا على بعض الأعمال، أو بعض العيوب، وكذلك يبطل الاتفاق الذي يقصر الضمان على مهندس أو مقاول دون الآخر، أو يستبعد التضامن بين المهندس والمقاول، أو يتطلب إثبات الخطأ في جانب كل منهما حتى يمكن الرجوع بالضمان[2].

ولا يجوز الاتفاق على إنقاص مدة الضمان بجعلها أقل من عشر سنوات؛ لأن مثل هذا الاتفاق يعدّ حداً من الضمان[3]. إلا أن القانون المدني المصري أجاز إنقاص هذه المدة في حال انصراف إرادة المتعاقدين إلى أن يبقى البناء مدة أقل من عشر سنوات[4].

---

[1] الدوري: مرجع سابق، صفحة 276.

[2] شنب: مرجع سابق، فقرة 120، صفحة 144-145؛ منصور: مرجع سابق، صفحة 178-179.

[3] شنب: مرجع سابق، فقرة 120، صفحة 145.

[4] تنص المادة 1/651 من **القانون المدني المصري**:" يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات... ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات ". وتقابلها المادة 1/744 من **مشروع القانون المدني الفلسطيني**.

ولكن القانون الأردني لم يأخذ بمثل هذا الاستثناء. ويرى الباحث أن ما ذهب إليه القانون الأردني أسلم وأفضل؛ لأن المقاول والمهندس قد يتفقان مع صاحب العمل أن تبقى المنشآت الثابتة أو المبنى مدة 3سنوات مثلاً، ففي هذه الحالة يجيز القانون المصري ذلك، ولكن هل نستطيع أن نضمن عدم تهدم المبنى قبل ثلاث السنوات ؟ وبخاصة أنّ طبيعة هذا البناء، وطريقة تشيده غالبا ما تكون قد صممت بطريقة خاصة تجعلها تصمد مدة تقارب ثلاث سنوات فقط، نظراً للاتفاق مع صاحب العمل. ولذلك يظل الاحتمال قائما أن تسقط في وقت يؤدي إلى حدوث أضرار، ليس بصاحب العمل فقط بل وبغيره. ومن هنا الأسلم أن لا يكون مثل هذا النص حتى يقوم المقاول بإنشاء بناء قويا في جميع الأحوال، ولا يتهاون فيه، نظراً لاتفاقه مع صاحب العمل على بقاء المنشآت مدة أقل من عشر سنوات.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني أنه لا يجوز وضع شرط في العقد يقصد به إعفاء المقاول، أو المهندس من الضمان، أو الحد منه، لأن ذلك يتنافى مع المصلحة، وحق الآخرين[1].

ويلاحظ أن تعبير المصلحة وحق الآخرين قصد منه بالإضافة إلى حماية وضع صاحب العمل، حماية حق الطرف الآخر، فالمشرع يهدف إلى المحافظة على المصالح المتوازنة مع إسباغ حماية خاصة على حقوق صاحب العمل وفق ظاهر النص، بكونه غير متكافئ في المعرفة والعلم بأصول الفن، ونتائج العيوب مع المقاول والمهندس المتخصصين[2].

المطلب الثالث: الاتفاق على تشديد المسؤولية

تنص المادة 1/788 من القانون المدني الأردني على أنه: " إذا كان عقد المقاولة قائما على تقبل بناء، يضع المهندس تصميمه على أن ينفذه المقاول تحت إشرافه، كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث في خلال عشر سنوات من تهدم كلي، أو جزئي، فيما شيداه من مباني أو أقاماه من منشآت وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول".

[1] **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**، الجزء الثاني، صفحة 548.

[2] المومني: مرجع سابق، صفحة 276.

ونلاحظ أن المشرع الأردني نص على جواز الاتفاق على تشديد المسؤولية الخاصة بالاتفاق في العقد على مدة أطول من عشر سنوات. وهذه صورة من صور التشديد، نص عليها المشرع صراحة في نص المادة السابقة. وعلى ذلك فقد أجاز الفقه تشديد مسؤولية المقاول والمهندس[1]. والسبب في ذلك أن صاحب العمل هو محل الحماية القانونية موضوع النص، كما لا يوجد في القواعد العامة ما يمنع من الاتفاق على تشديد المسؤولية على المقاول والمهندس[2].

ومن صور تشديد المسؤولية الاتفاق على أن يتحمل المقاول والمهندس التعويض عن جميع العيوب، حتى الظاهرة عند التسليم، ولو كانت صغيرة، كما يجوز الاتفاق على أن يتحمل المقاول والمهندس تبعه التهدم الناجم عن سبب أجنبي، كحادث مفاجئ، أو قوةٍ قاهرة، أو خطأ من المضرور، أو خطأ الغير، فإن هذا الاتفاق يعدّ حينها صحيحاً، ولا يعود بإمكان المقاول، أو المهندس أن يدفع بكون الضرر ناجماً عن واحدٍ من هذه الأسباب[3]. ومثل هذه الاتفاقات تحقق هدف المشرع من حماية صاحب العمل، والمصلحة العامة، وتساهم في دفع المقاولين، والمهندسين إلى بذل أقصى درجات العناية في العمل؛ ليخرج البناء متيناً، وقوياً، وخالياً من العيوب.

وأما فيما يتعلق بالاتفاق سلفاً على زيادة قيمة التعويض عما يستحق صاحب العمل فعلاً، كتعويض مقابل الضرر، فهذا غير جائز؛ لأن التعويض يكون وفق مقدار الضرر، وهذا من النظام العام. كما أن القانون أعطى للمحكمة حق التدخل، وتقدير التعويض بمقدار الضرر الحاصل، ويبطل الاتفاق الذي من شأنه المس بدور المحكمة[4].

المطلب الرابع: نزول صاحب العمل عن حقه في التعويض

إن تعلق مسؤولية المقاول، والمهندس بالنظام العام، وعدم جواز الاتفاق على الإعفاء أو الحد منها مقدما، لا يمنع من نزول صاحب العمل عن حقه في الضمان بعد حصول التهدم، أو

---

[1] شنب: مرجع سابق، فقرة 120، صفحة 144؛ السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 75، صفحة 142.

[2] أنظر المادة (261) من **القانون المدني الأردني**.

[3] http://www.buildexonline.com/law-3.htm، بتاريخ 2007/4/8.

[4] المادة 363، 364 من **القانون المدني الأردني**.

العيب، واكتشافه، وثبوته[1]؛ ذلك لأن الضمان يعدّ حقا لصاحب العمل، يدرك أبعاده، وأهميته بعد ظهور العيب، وانكشافه، ومن ثم يمكنه النزول عنه، أما قبل تحقق سبب الضمان، فتكون هنـــاك حاجة لحماية صاحب العمل، إذ قد تقوده عدم خبرته إلى الاســـتهانة بقيمـــة الضـــمان، وقبـــول الإعفاء، أو الحد من الضمان قبل تحققه[2].

وهذا النزول قد يكون صريحاً؛ كأن يكتب صاحب العمل ورقة مخالصة تـــنصّ علـــى نزوله عن حقه في التعويض، أو ضمنيا كأن يقوم صاحب العمل بعد علمه بالتهدم بـــدفع بـــاقي أجر المهندس، أو المقاول دون تحفظ، أو أن يقوم بإصلاح العيـــب دون تحفـــظ، ودون إثبـــات الحالة، ودون أن يدفعه إلى ذلك ضرورة الاستعجال[3].

كما أن نزول صاحب العمل عن الضمان بعد تحقق سببه قد يكون كليـــاً، أو جزئيـــاً، إذ يمكن لصاحب العمل أن يعفي المهندس، أو المقاول من الضمان كلية، أو أن يتمسك في مواجهته ببعض العيوب دون بعضها الآخر[4].

[1] شنب: مرجع سابق، فقرة 120، صفحة 145.

[2] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 76، صفحة 142- 143.

[3] المرجع السابق، الجزء السابع، فقرة 76، صفحة 143؛ شنب: مرجع سابق، فقرة 120، صفحة 145.

[4] السنهوري: مرجع سابق، الجزء السابع، فقرة 76، صفحة 143.

الخاتمة

بحث في هذه الرسالة، موضوع مسؤولية المقاول والمهندس عن متانة البناء في القانون المدني الأردني مقارنا مع القانون الفرنسي والمصري، وقد توصلنا من خلال هذا البحث إلى بعض النتائج والتوصيات التي من الضروري مراعاتها في القانون المدني الأردني، وأشير إليها فيما هو آتٍ:

1. لقد وفق المشرع الأردني والفلسطيني في مشروع القانون المدني الفلسطيني لدى تعريفها عقد المقاولة باستخدامها كلمة (بدل) عوضا عن كلمة (أجر)، إذ إنّ كلمة (بدل) تشمل الأجرة والثمن معا، وبخاصة عندما يقدم المقاول المواد منه إلى جانب عمله. ومع ذلك فإنهما لم يذكرا في تعريفهما حقيقة أساسية يتميز بها عقد المقاولة، وهي أن المقاول يعمل بشكل مستقل عن صاحب العمل، ولذا نقترح أن تضاف عبارة تشير إلى استقلالية المقاول أسوة بالقانون المدني الكويتي*.

2. إن مسؤولية المقاول والمهندس مسؤولية قانونية أوجبها القانون حماية لمصالح صاحب العمل غير الخبير بأمور البناء، وحماية للمصلحة العامة، لذا فإن لها أحكاما خاصة بها ومشددة، تختلف عن أحكام المسؤولية العقدية، والتقصيرية. فهذه المسؤولية لها نطاق خاص بها من حيث الأضرار، والأشخاص، والمدة، ففي حين أن المسؤولية العقدية تنطبق على كل الأشخاص الذين يقومون بالإخلال بعقودهم، وتنطبق على كل الأضرار التي قد تقع، فإن هذه المسؤولية تنطبق على المقاول والمهندس لصالح صاحب العمل، وتختص بالأضرار الناشئة عن عيوب التهدم الكلي، أو الجزئي، وكل عيب يهدد متانة البناء وسلامته، وتستمر هذه المسؤولية عشر سنوات بعد تسليم البناء.

3. ومن مظاهر التشدد في هذه المسؤولية أن أحكامها من النظام العام، وأن المقاول والمهندس فيها متضامنين في الضمان، كما أن مسؤوليتهم تمتد لعشر سنوات بعد تسليم

---

* مشار إليه صفحة 6، هامش رقم 2 من هذه الرسالة.

البناء لصاحبه، وخطأهما مفترض لا يمكن دفعه إلا بإثبات السبب الأجنبي، ويبقى المقاول والمهندس أيضا مسؤوليين عن أي تهدم، أو تعيب يهدد متانة البناء وسلامته، حتى لو ظل سبب التهدم مجهولا، أو رضي صاحب العمل بإقامة المنشآت معيبة.

4. إن هذه المسؤولية لا تقوم إلا بالنسبة للأعمال ذات الصفة العقارية التي تتصف بالثبات، بغض النظر عن طبيعة المواد المستخدمة في البناء، أو الغرض الذي شيد البناء من أجله، ولذا أقترح تعديل نص المادة 788 من القانون المدني الأردني بإضافة كلمة (ثابتة) بعد (منشآت) لتصبح العبارة المنشآت الثابتة؛ لأن هناك منشآت كالسفن، لا تدخل ضمن المباني، والمنشآت الثابتة محل هذه الدراسة.

5. تسري أحكام هذه المسؤولية على الأعمال الإنشائية الجديدة، وما يجري عليها بعد ذلك، من إضافة، أو تعديل، أو تعلية، كما تشمل أيضا الإصلاحات الكبيرة، والتدعيم والتجديد والتوسيع. أما أعمال الصيانة البسيطة، وأعمال البياض والدهان، فتخضع للقواعد العامة، لأنها لا تؤثر على متانة البناء وسلامته في المجرى الطبيعي للأمور.

6. إذا حصل تهدم كلي، أو جزئي في البناء، أو ظهر عيب يهدد متانة البناء وسلامته، فإن المسؤولية لا تقتصر على المقاول والمهندس، الذي يضع التصميم، كما جاء في نص المادة 788 من القانون المدني الأردني، بل إن هناك أشخاصاً آخرين من المفروض أن تمتد المسؤولية لتشملهم؛ لأن دورهم في عملية البناء لا يقل أهمية عن المقاول نفسه، كالمهندس المدني، أو الميكانيكي، أو الكهربائي، أو مهندس البناء، الذين يتعاقدون مع صاحب العمل مباشرة. كما أن هناك أشخاصاً آخرين قد يكون لهم صلة بعملية البناء، كالبائع، والوكيل، والصانع، وغيرهم.

7. وعطفا على البند السابق فإنني أقترح أن يقوم المشرع الأردني بتعديل نص المادة 788 ليشمل كل المهندسين المشتغلين بعملية البناء، والمرتبطين مباشرة مع صاحب العمل بعقد مقاولة. واستجابة لمتطلبات البناء المعاصرة، وحماية لصاحب العمل غير الخبير

بأمور البناء، فمن الضروري اعتبار بائع العقـار، والوكيـل، والمـوزع والمسـتورد، والصانع في حكم المقاول والمهندس المشمول بأحكام هذه المسؤولية.

8. كما أقترح على المشرع الفلسطيني أن يضيف على المـادة (1/744) مـن المشـروع المدني عبارة " وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته"، حتى تشمل المسؤولية العيوب الأخرى التي تهدد متانة البناء وسلامته، غير التهدم الكلي، أو الجزئي.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966.

القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.

القانون المدني الفرنسي رقم (87-12) لسنة 1978.

القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

قانون رقم 106 لسنة 1976 والمعدل بالقانون رقم (30) لسنة 1983 بشأن توجيه وتنظيم أعمال البناء في مصر.

مجلة الأحكام العدلية لسنة 1869.

مشروع القانون المدني الفلسطيني.

ثانيا: المراجع

المراجع باللغة العربية

ابن عابدين، محمد امين بن عمر بن عبد العزيز: **حاشية رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام الحنفي،** الجزء الخامس، القاهرة،شركة مكتبة مصطفى البابي الحلبي، سنة 1966.

أبو قرين، أحمد عبد العال: **الأحكام العامة لعقد المقاولة،** الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 2002-2003.

أبو ملوح، موسى سلمان و قدادة، خليل أحمد: **المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني،** بدون طبعة، فلسطين، ديوان الفتوى والتشريع، سنة 2003.

الجارحي، مصطفى عبد السيد: **عقد المقاولة من الباطن**، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 1988.

الحسيني: عبد اللطيف، **المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية**، دون طبعة، لبنان، الشركة العالمية للكتاب، بدون سنة نشر.

حيدر، علي: **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، المجلد الأول، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، سنة 1991.

الدوري، محمد جابر: **مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة**، بدون طبعة، بغداد، مطبعة وأوفسيت عشتار، سنة 1985.

الزحيلي، وهبة: **العقود المسماة** ، الطبعة الأولى، دمشق، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، 1987.

الزعبي، خالد والفضل، منذر: **المدخل إلى علم القانون**، الطبعة الثانية، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 1988.

السرحان، عدنان إبراهيم: **العقود المسماة في المقاولة، الوكالة، الكفالة**، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر، سنة 1996.

السرخسي، شمس الدين: **المبسوط**، الجزء الخامس عشر، الطبعة الأولى، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر، سنة 1980.

سرور، محمد شكري: **مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى**، بدون طبعة، القاهرة، دار الفكر العربي، سنة 1985.

السنهوري، عبد الرزاق،: **الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء السابع، المجلد الأول، بيروت، دار إحياء التراث العربي، سنة 1964.

شنب، محمد لبيب: **شرح أحكام عقد المقاولة**، بدون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 1962.

الصدة، عبد المنعم فرج: **مصادر الالتزام**، بدون طبعة، بيروت، دار النهضة العربية، سنة 1979.

عامر، حسين: **المسؤولية المدنية**، الطبعة الأولى، القاهرة، مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية، سنة 1956.

العطار، عبد الناصر توفيق: **تشريعات في تنظيم المباني ومسؤولية المهندس والمقاول**، بدون طبعة، بدون مكان نشر، مطبعة السعادة، بدون سنة نشر.

العمروسي، أنور: **التعليق على نصوص القانون المدني المعدل**، الجزء الثالث، بدون طبعة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، بدون سنة نشر.

عنبر، محمد عبد الرحيم: **عقد المقاولة والتوكيلات التجارية**، الطبعة الثالثة، بدون مكان نشر، بدون دار نشر، سنة 1988.

غيث، فتحي: **قانون المهندس**، الطبعة الأولى، بدون مكان نشر، بدون دار نشر، سنة 1960.

الفار، عبد القادر: **أحكام الالتزام**، الطبعة الثالثة، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 1996.

الفضلي، جعفر: **الوجيز في العقود المدنية (البيع-الإيجار-المقاولة)**، بدون طبعة، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، بدون سنة نشر.

قرة، فتيحة: **أحكام عقد المقاولة**، الإسكندرية، منشأة المعارف، سنة 1992سنه 1985.

محيو، حسن: **القانون المدني: محاضرات في المدخل إلى علم القانون**، بدون طبعة، الجامعة اللبنانية، سنة 1993-1994.

المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني (جزء1-2)، إعداد المكتب الفني، بـإدارة المحـامي إبراهيم أبو رحمة.

مراد، محمد حلمي:- **قانون العمل والتأمينات الإجتماعية**، بدون طبعة، القاهرة، بدون دار نشر، سنة 1961.

مرسي، كامل: **في العقود المسماة**، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، بدون مكان نشر، دار النشـر للجامعات المصرية، سنة 1953.

منصور، محمد حسين: **المسؤولية المعمارية**، بدون طبعة، الإسكندريه، دار الجامعـة الجديـدة للنشر، سنة 1999.

موسى، محمد قمر: **الموسوعة الجامعة في التعليق على القانون المدني**، الجزء السابع، بـدون طبعة، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، سنة 2003.

المومني، أحمد سعيد: **مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة**، الطبعة الأولـى، الأردن، مكتبة المنار للنشر والتوزيع، سنة 1987.

الهداوي، حسن: **تنازع القوانين**، الطبعة الثانية، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، سـنة 1997.

وزارة الأشغال العامة: **عقد المقاولة الموحد**، الجزء الأول، الشروط العامـة (فيـديك 1999)، القدس، سنة 2000.

ياقوت، محمد ناجي: **مسؤولية المعماريين بعد إتمام الأعمال وتسلمها مقبولـة مـن صـاحب العمل**، بدون طبعة، الإسكندرية، منشأة المعارف، بدون سنة نشر.

يسَ، عبد الرازق حسين: **المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقـاول البنـاء**، الطبعـة الأولى، بدون مكان نشر، بدون دار نشر، سنة 1987.

المراجع باللغة الإنجليزية

Hinze، Jimmie: **Construction Contracts**, Second Edition, United States, McGraw-Hill, 2001.

Keating، Donald: **Building Contracts**, Fourth Edition، London, Sweet and Maxwell, 1978.

ثالثا: قرارات المحاكم

المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الأردنية في القضايا الحقوقية المنشورة في **مجلة نقابة المحامين،** المكتب الفني، نقابة المحاميين، عمان.

المجلة القضائية: المجلد الأول، العدد الثاني، المعهد القضائي الأردني، مطابع المؤسسة الصحفية الأردنية، سنة 1997.

مركز المعلومات القانونية، عدالة (CD)، عمان، سنة 1990.

مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة التمييز الأردنية من بداية سنة 1951 إلى نهاية سنة 2000 (CD)، عمان، سنة 2000.

برنامج الكامل للتشريعات والأحكام العليا (CD)، نابلس، سيلكو للنظم والتشريعات، سنة 2004.

المجموعة الدولية للمحاماه والإستشارات القانونية(CD)، برنامج أحكام المحاكم العليا، القاهرة، سنة 2000.

رابعا: المواقع الالكترونية

http://www.buildexonline.com/law-3.htm

http://www.qanoun.com/law/courts/details.asp?Code=18

http://www.zuhayli.net/contract.htm

مقابلات شخصية: أبو عيشة، أنور: **مقابلة شخصية** بتاريخ 2007/9/13م.

الملحق

- نص المادة (788) من القانون المدني الأردني:

1. إذا كان عقد المقاولة قائما على تقبل بناء يضع المهندس تصميمه على أن ينفذه المقاول تحت إشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث في خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني أو أقاماه من منشآت وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول.
2. يبقى الإلتزام في التعويض المذكور ولو كان الخلل أو التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها أو رضي صاحب العمل بإقامة المنشآت المعيبة.
3. تبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل.

وتنص المادة (789) من القانون المدني الأردني على أنه "إذا إقتصر عمل المهندس على وضع التصميم دون الإشراف على التنقيذ كان مسؤولا فقط عن عيوب التصميم وإذا عمل مقاول بإشراف مهندس أو بإشراف صاحب العمل الذي أقام نفسه مقام المهندس فلا يكون مسؤولا إلا عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون عيوب التصميم.

والمادة (790) من القانون المدني الأردني تنص على أنه " يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه".

والمادة (791) من القانون المدني الأردني تنص على أنه: "لا تسمع دعوى الضمان بعد إنقضاء سنة على حصول التهدم أو إكتشاف العيب".

- نص المادة (744) من مشروع القانون المدني الفلسطيني:-

1. يضمن المهندس والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مبان، أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض التي أقيمت عليها، أو كان صاحب العمل قد أجاز إقامتها معيبة، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشأت أو المباني مدة أقل من عشر سنوات.
2. تبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم صاحب العمل له، ولا تسري أحكام هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاوليين من الباطن.

نص المادة (745) من مشروع القانون المدني الفلسطيني:-"إذا إقتصر عمل المهندس على وضع التصميمات دون أن يكلف بالإشراف على التنفيذ كان مسؤولاً فقط عن عيوب التصميم، وإذا عمل المقاول تحت إشراف المهندس أو صاحب العمل الذي أقام نفسه مقام المهندس فلا يكون مسؤولاً عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون عيوب التصميم".

نص المادة (746) من مشروع القانون المدني الفلسطيني:-"يكون باطلاً كل شرط يقصد بـــه إعفاء المهندس أو المقاول من الضمان أو الحد منه".

نص المادة(747) من مشروع القانون المدني الفلسطيني:-" تسقط بالتقادم دعــوى الضـــمان بإنقضاء ثلاث سنوات على حصول التهدم أو إكتشاف العيب".

- نص المادة 651 من القانون المدني المصري:

1. يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر ســنوات مــن تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، ولو كان ذلك التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها، أو كان صاحب العمل قد أجاز إقامـــة المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات.
2. ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشـــآت من عيوب تترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته.
3. وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل ولا تسري هذه المادة على مـــا قــد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن.

نص المادة (652) من القانون المدني المصري:" إذا إقتصر المهندس المعماري علـــى وضع التصميمات دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ، لم يكن مسؤولا إلا عن العيوب التي أتـــت من التصميم.

نص المادة (653) من القانون المدني المصري:" يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه".

نص المادة (654) من القانون المدني المصري:" تســـقط دعـــوى الضـــمان المتقدمـــة بإنقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو إنكشاف العيب".

- ترجمة نص المادة (1792) من القانون المدني الفرنسي وذلك وفق نص القـــانون رقـــم 87- 12- لسنة 1978، بفقراتها الستة نقلا عن ياقوت: مرجع سابق، صفحة 17، 18، 19. نص المادة (1792):

"كل معماري يتولى تشييد عمل يكون مسؤولا بقوة القانون نحو صاحب العمل أو من تـــؤول إليه ملكية العمل، عن الأضرار، حتى تلك الناتجة عن عيب الأرض، التي تعرض للخطر متانة العمل وصلابته أو التي، تصيبه في أحد عناصره التأسيسية، أو أحد عناصره التجهيزية والتـــي يترتب عليها أن يصير العمل غير صالح للغرض الذي شيد من أجله. وتنتفي هذه المسؤولية إذا ما أثبت المعماري أن الأضرار ترجع إلى سبب أجنبي".

نص المادة (1792) الفقرة (1):

"يعتبر معماريا يتولى تشييد عمل في هذا القانون:

1. كل مهندس معماري، فني أو أي شخص آخر يرتبط مع صاحب العمل بعقد مقاولة.
2. كل شخص يبيع العمل بعد إتمام تشييده، سواء كان قد شيده بنفسه أو بواسطة آخرين.
3. كل شخص يقوم بمهمة تشابه مهمة مؤجر العمل (المعماري)، على الرغم من أنه يتصرف بإعتباره وكيلا عن مالك البناء.

نص المادة (1792) الفقرة (2):

"تمتد قرينة المسؤولية المقررة في المادة 1792 لتشمل أيضا الأضرار التي تصيب متانة عناصر التجهيز في البناء، ولكن فقط إذا كانت تلك العناصر تشكل جسماً، على نحو غير قابل للإنفصال، مع أعمال المنافع العامة للمبنى، أو مع الأعمال المتعلقة بتأسيسه، بهيكله، بأسواره أو بمظلاته، ويعتبر عنصر التجهيز مشكلا جسما، على نحو غير قابل للإنفصال، مع أحد الأعمال المشار إليها في هذه الفقرة، كلما إستحال تركيب العنصر أو رفعه أو إستبداله دون تهدم أو إتلاف أو رفع مواد من هذا العمل المشار إليه".

نص المادة (1792) الفقرة (3):

"عناصر التجهيز الأخرى في المبنى تكون محلا لضمان حسن أدائها لوظائفها لمدة سنتين على الأقل من تاريخ تقبل العمل".

نص المادة (1792) الفقرة (4):

"كل صانع لعمل، أو جزء من عمل، أو لعنصر من عناصر التجهيز في العمل، صممت وأنتجت لكي تفي بأغراض خاصة به وفقا لمواصفات دقيقة معينة سلفا، يكون مسؤولاً مسؤولية تضامنية عن الإلتزامات المفروضة في المواد 1792، 2/1792، 3/1792 من القانون المدني، والملقاة على عاتق المقاول الذي قام بإستعمال هذا العمل أو الجزء من العمل أو العنصر التجهيزي فيه، طبقا للقواعد الموضوعة من قبل الصانع، ودون إجراء أي تعديل عليها. ويكون في حكم الصانع في هذه المادة، من يستورد عملا مصنوعا، أو جزءاً من عمل مصنوع، أو عنصرا من عناصر التجهيز في العمل مصنوع بالخارج، كذلك من يقدم العمل المصنوع على أساس أنه من صنعه، وذلك بوضع إسمه أو ماركته أو أي علامة مميزة له عليه".

نص المادة (1792) الفقرة (5):

"يقع باطلا كل شرط في العقد يكون من مقتضاه إستبعاد المسؤولية المنصوص عليها في المواد 1792، 1/1792، و 2/1792 أو الحد من هذه المسؤولية أو إستبعاد الضمان المنصوص

عليه في المادة 3/1792 أو التضييق من نطاقه، أو إستبعاد التضامن المنصوص عليه في المادة 4/1792 أو الحد منه".

نص المادة (1792) الفقرة (6):

"يقصد بالتقبل في هذا القانون، التصرف الذي يعلن فيه صاحب العمل أنه قد قبل العمل، سواء بتحفظ أبداه أو بدون حفظ، ويتم التقبل بناء على طلب الطرف الأكثر حرصا، أما وديا أو إذا تعذر ذلك بناء على حكم القضاء، وفي جميع الأحوال ينبغي النطق بالتقبل في حضور جميع الأطراف المعنيين، يمتد ضمان تمام التشطيب الذي يلتزم به المقاول في أثناء سنة من وقت التقبل، إلى إصلاح كل خلل أشار إليه صاحب العمل، سواء عن طريق ما أبداه من تحفظات في محضر التقبل، أو بإخطار كتابي بالنسبة للعيوب الأخرى التي لم يتم إكتشافها إلا بعد التقبل وتحدد المدد اللازمة لإجراء الإصلاحات بالإتفاق بين صاحب العمل والمقاول المعني، وفي حالة عدم الإتفاق، أو في حالة عدم التنفيذ في المدة المحددة، يجوز لصاحب العمل بعد إعذار المقاول، أن ينفذ هذه الإصلاحات على نفقة المقاول المسؤول. ويثبت تمام تنفيذ الأعمال التي يتطلبها ضمان تمام التشطيب، بإتفاق الأطراف، وإلا بواسطة القضاء. ولا يشمل هذا الضمان الأعمال اللازمة لمعالجة الآثار المترتبة على الاستهلاك أو الاستعمال العادي".

ترجمة نص المادة (2270) من القانون المدني الفرنسي:

"كل شخص طبيعي أو معنوي يمكن أن تنعقد مسؤوليته طبقا للمواد 1792 إلى 4/1792 من هذا القانون، يتحلل من المسؤوليات والضمانات الواقعين على عاتقه طبقا للمواد 2/1792، بانقضاء عشر سنوات من تاريخ تقبل الأعمال، أو طبقا للمادة 3/1792 بإنقضاء المدة المنصوص عليها في هذه المادة".

An-Najah National University
Faculty Of Graduate Studies

Responsibility of the Contractor and the Engineer for the Guarantee of Building Solidity in the Jordanian Civil Law: Comparative Study

By
Adel Abdul Azeez Abdul Hameed Samarah

Supervisor
Dr. Gassan Khaled

Submitted In Partial Fulfillment Of the Requirements for the Degree of Master of Privat Law، Faculty of Graduate Studies، at An-Najah National University، Nablus، Palestine.

2007

Responsibility of the Contractor and the Engineer for the Guarantee of Building Solidity in the Jordanian Civil Law: Comparative Study

By
Adel Abdul Azeez Abdul Hameed Samarah
Supervisor
Dr. Gassan Khaled

Abstract

This study examined the responsibility of both the contractor and the engineer for the solidity of a building after its completion and delivery to its owner. The significance of this study lies in many aspects: protection of the owner of the building who usually has little experience in building matters especially when it comes to defects، which may appear after completion and delivery، which threaten the solidity and safety of the building. This subject is also important because it protects public interest if buildings and other permanent installations are solid and safe.

The study began with the legal nature of responsibility in order to find out the legal basis on which it rests whether this basis is in a contract or a harmful act or law. It was found that the legal responsibility was founded by the law. Its provisions are different from those of contractual or inadequate responsibility given the fact that it's a responsibility pertinent to the public system and it has a specified timeframe. It only concerns one specific kind of damages. It also has specific range in terms of persons on whom it applies: the contractor and the engineer، on one hand، and the owner، on the other hand.

The Jordanian lawmaker has regulated the provisions of the responsibility pertinent to the contractor and the engineer in the articles of the Civil Law (articles 788،789 and 790).

Article 788/1 stipulates، "if the contracting contract is based on acceptance of the building designed by an engineer provided that it's executed by the contractor under his/her supervision، then the two shall be guarantors in compensating the owner of the building if a whole or partial demolition occurs to buildings or installations within ten years. They shall also compensate the owner for any defects that threaten the solidity and the safety of the building if the contract does not include a longer period".

This text clearly shows that the Jordanian lawmaker has put the responsibility on the contractor، and the engineer who produces the architectural design only. As such، the lawmaker has narrowed down the scope of personal responsibility and has limited it to the contractor and the architect although the architectural process has been carried out by several engineers who have different specializations. Those people also have contracting agreements with the building owner، and therefore، they should be engaged in this personal responsibility for the sake of protecting the owner's interest as well as the public interest. It is worth nothing that the civil engineer plays a leading role in the execution and supervision of the work. Therefore، it is necessary to amend the aforementioned text، thus expanding the scope of personal responsibility to include all engineers employed in the building processes.

In conclusion، this study explained the provisions of responsibility of the contractor and the engineer. It specifically pointed out the penalty involving the responsibility: compensation of the building owner for any damages caused during the execution whose conditions are spelled out، or through implementation in its two forms: cash and non-cash. The study also investigated the implications of selecting the engineer's and the contractor's responsibility. That is only possible if the *force majeure* is proved or it’s the owner's mistake or the mistake of the others which also has the nature of *force majeure*. Finally، the study dwelt on the role of will in amending the provisions of this responsibility. It was found that conditioning or agreement on limiting the responsibility or exempting from it may not be permitted and any condition demanding otherwise is considered legally null. However، the owner has the right to exempt the contractor and the engineer from compensating him when it's due.